حاشية المكاسب

تأليف

الأستاذ الأعظم المحقق الكبير

الآخوند الشيخ محمد كاظم الخراساني

قدس سره

تحقيق

مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث

بسم الله الرحمن الرحیم

حاشیه کتاب المکاسب

کاتب:

مرتضی انصاری (اعظم انصاری)

نشرت فی الطباعهٔ:

وزاره الثقافه و الارشاد الاسلامی

رقمی الناشر:

مرکز القائمیهٔ باصفهان للتحریات الکمبیوتریهٔ

الفهرس

حاشیه کتاب المکاسب

اشاره

سرشناسه : انصاری، مرتضی بن محمدامین، ق ۱۲۸۱ - ۱۲۱۴

عنوان قراردادی : [المکاسب. حاشیه]

عنوان و نام پدیدآور : حاشیه کتاب المکاسب/ لمولفه محمدکاظم الاخوند الخراسانی؛ صحه و علق علیه مهدی شمس الدین

مشخصات نشر : [تهران]: وزارت ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ق. = ۱۳۶۴.

مشخصات ظاهری : ص ۲۸۲

شابک : بها:۶۰۰ریال

یادداشت : کتابنامه به صورت زیرنویس

عنوان دیگر : المکاسب

موضوع : معاملات (فقه)

شناسه افزوده : آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، ۱۳۲۹ - ۱۲۵۵ق. حاشیه نویس

شناسه افزوده : شمس الدین، محمدمهدی، ۱۹۳۱ - ، مصحح

شناسه افزوده : ایران. وزارت ارشاد اسلامی

رده بندی کنگره : BP۱۹۰/۱/الف ۱۸م ۷۰۳۲ ۱۳۶۴

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی : م ۶۵-۱۳۵۳

ص: ۱

[مقدمه التحقیق]

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ

الحمد للّه رب العالمين، و الصلاه على سيدنا محمد و آله الطاهرين و لعنه اللّه على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين فى كل أفق من آفاق العالم الإسلامى أسماء رجال معدودين، امتازوا بمواهب و عبقريات رفعتهم الى الأوج الأعلى من آفاق العلم و المعرفه.

و ثمه رجال ارتسمت أسماؤهم فى كل أفق من تلك الآفاق، و هم قليلون للغايه، شذت بهم طبيعه هذا الكون.

و من تلك القلّه شيخنا و شيخ الكل، علامه الآفاق الآخوند الشيخ محمد كاظم الخراسانى أعلى اللّه درجاته و أجزل أجره، و قد كرس- قدس اللّه نفسه- حياته طوال عمره لخدمه الدين و المذهب.

توجد ترجمته فى كثير من التراجم المؤلّفه فى عصره و من بعد مشفوعه بالاكبار و التبجيل و الإطراء، و قصارى قولهم فيه: انه جماع الفضائل و مختبؤ المآثر كلها، و قد سبر ترجمه (قدس سره) حفيده فى كتاب مستقل فتصفح عن ترجمته صفحا.

و اما الكتاب الحاضر و هو «التعليقه على المكاسب» فهو من امتن التعاليق على الكتاب مع وجازتها، مشتمله على معظم كتاب البيع و الخيارات.

و حيث كانت النسخه المطبوعه من الكتاب مصحفه محرفه، فبذلت

الوسع فی تصحیح الکتاب و مقابلته مع النسخه الاصیله بقلم مؤلفه و استخراج مصادر الروایات و کلمات الأصحاب و لم آل جهدا فی تنمیقه و تحقیقه حق التحقیق.

و من الواجب علیّ أن أقدم ثنائی العاطر الی حفید المؤلف الفاضل البارع الشیخ الکفائی فی بذله النسخه الأصلیه للتحقیق، فجزاه اللّه عنی خیر جزاء المحسنین و نرجو من العلماء الأفاضل الذین یراجعون الکتاب ان یتفضلوا علینا بما لدیهم من النقد و تصحیح ما لعلنا وقعنا فیه من الأخطاء و الاشتباهات و الزلات.

و الحمد للّه الذی هدانا لهذا، و ما کنا لنهتدی لو لا ان هدانا اللّه، و نستغفره مما وقع من خلل و حصل من زلل، و نعوذ من شرور أنفسنا و سیّئات أعمالنا، و زلات أقدامنا و عثرات أقلامنا، فهو الهادی إلی الرّشاد، و الموفق للصواب و السداد، و السلام علی من اتبع الهدی.

۶- ۶- ۱۴۰۵ قم المشرفه السید مهدی شمس الدین هذه تعلیقه شریفه أنیقه، و حاشیه رشیقه، علی مکاسب آیه اللّه فی الأنام، الشیخ مرتضی الانصاری طاب ثراه المتعلقه علی مبحث البیع و ما بعده.

۱- كتاب البيع

اشاره

بسم اللّه الرحمن الرحيم الحمد للّه رب العالمين، و الصلاه و السلام على محمد سيد النبيّين و آله، سادات الخلائق أجمعين، و لعنه اللّه على أعدائهم، إلى يوم الدين.

[فى تعريف البيع]

اشاره

قوله (ره): (مبادله مال بمال- إلخ-)

التعبير بالمبادله، لا يخلو عن مسامحه، و حقّه ان يقال: تبديل مال بمال، فإنه فعل الواحد، لا اثنين، فافهم.

قوله (ره): (و امّا عمل الحرّ، فان قلنا انه قبل المعاوضه- إلخ-)

لا إشكال انه من الأموال، بداهه انّ حاله حال عمل العبد، فى كونه ممّا يرغب فيه، و يبدل بإزائه المال، و ان كان قبل المعاوضه، لا يكون ملكا، بخلاف عمل العبد، لأنّه ملك لسيّده بتبعه، و لا شبهه فى عدم اعتبار الملكيّه قبلها، لوضوح جعل الكلى، عوضا فى البيع، مع عدم كونه ملكا قبله.

و بالجمله، الماليه و الملكيه، من الاعتبارات العقلائيه الصحيحه، و لكل منهما منشأ انتزاع، و بينهما بحسب الموارد، عموم من وجه، يفترقان فى الكلى المتعهّد به، و المباحات قبل الحيازه، و فى مثل حبّه من الحنطه، و الماء على الشط، و الثلج فى الشتاء، الى غير ذلك. فانقدح انه يجوز جعل عمل الحرّ عوضا، و ان قيل باعتبار كون العوضين مالا، قبل المعاوضه. فتدبر جيّدا.

قوله (ره): (و اما الحقوق الأخر- إلخ-)

لا يخفى انّه كلام مختلّ النظام، فإنّه فى مقام انّها تجعل عوضا، أم لا،

فلا يناسبه التّعليل بقوله: لان البيع تمليك الغير، و لا النقض ببيع الدّين أصلا، فإنه إنّما يناسب إذا كان بصدد بيان انها لا يجعل معوّضا فى البيع.

فالتحقيق ان يقال: انّه لو قيل باعتبار الماليّه فى العوض كالمعوض، كما يظهر من المصباح، فلا إشكال فى عدم صحه جعل الحقّ عوضا، و ان كان قابلًا للانتقال. فان الحقيّه و ان كانت من الاعتباريات، كالماليه و الملكيّه، الّا انّها غيرهما، و لو قيل بعدم اعتبارها، فلو قيل بعدم اعتبار الانتقال فى العوض، و ان أخذه فيه، انما هو لمجرّد انّه ليس بتمليك مجانىّ، فلا إشكال فى جعلها، عوضا مطلقا، و الّا فى خصوص القابل منها للانتقال.

قوله (ره): (و السرّ انّ الحقّ سلطنه فعليّه- إلخ-)

لا يخفى ان الحق بنفسه ليس سلطنه، و انما كانت السلطنه من آثاره، كما انّها من آثار الملك، و انّما هو كما أشرنا إليه، اعتبار خاص، له آثار مخصوصه، منها السلطنه على الفسخ، كما فى حقّ الخيار، أو التملّك بالعوض، كما فى حقّ الشّفعه، أو بلا عوض، كما فى حقّ التحجير، الى غير ذلك. و هى لا يقتضى ان يكون هناك من يتسلّط عليه، و الّا كانت من آثار الملك أيضا، و ان لم يكن نفسه، فيلزم فى بيع الدّين، إمّا محذور تسلّط الشّخص على نفسه، و إمّا التفكيك بين الملك و أثره، مع انّ ذلك انّما يلزم فى بيع الحقّ، ممّن كان عليه، لا من غيره، و قد عرفت انه أجنبىّ عمّا هو بصدده، كما يظهر من صدر كلامه و ذيله.

قوله (ره): (الّا ان الفقهاء، قد اختلفوا فى تعريفه- إلخ-)

الظاهر انّ اختلافهم، ليس لأجل الاختلاف فى حقيقته و ماهيته، بل لأجل ان البيع الحقيقى، لما كان له سبب، يتسبّب به اليه، و لوازم تترتّب عليه أخذ كلّ منهم، بطرف من أطرافه، لا بتمام جوانبه و أكنافه، حيث انّ الغرض، ليس إلا الإشاره إليه من نحوه و معرفته بوجه، لا معرفته بحده أو برسمه، و بذلك يوفق بين كلمات الأعلام، و ينقدح انه لا وقع، لما وقع من النقض و الإبرام فى المقام، بل لا اختلاف حقيقه فيه بين العرف و الشرع، و انّما الاختلاف بينهما، فيما يعتبر فى تحققه، و ان شئت ان تعرفه بأطرافه،

فاستمع لما يتلى عليك، و هو ان البيع المأخوذ فى، بعت، و سائر المشتقّات، من أوضح المفاهيم العرفيه، و هو التّمليك بالعوض، و ان كان ممّا لا يكاد يمكن ضبطه، بحيث لا يبقى اشتباه فى بعض المصاديق، كما هو الشأن فى جميع المفاهيم. و لا يخفى انّه شرعا و عرفا، لا يكاد يصدر مباشره، بل بالتّسبيب، و التّوسل اليه بالعقد عليه تاره، و بالمعاطات اخرى، على القول بها. و لا بدّ فى سببه عقدا كان، أو معاطاه، كسائر المعاملات، من إيجاب، و هو إنشائه، و قصد حصوله، بلفظه، أو بفعل دالّ عليه من واحد، و من إنشاء قبول ذلك كذلك من آخر. و من المعلوم انّ لازمه إذا حصل، هو نقل الملك من البائع إلى المشترى، و لازمه الانتقال اليه، كما انّ لازمه، التّبديل و التّبادل بين العوضين، و قد يطلق على نفس السّبب، إلى المعامله الخاصّه، القائمه بالبيعين، كما ربّما يطلق على جزئه، و هو الإيجاب القائم بالموجب، كما سيأتى الإشاره إليه فى كلامه (ره) الّا انّه ليس على الحقيقه، ضروره صحه سلبه عنه، فليس هو ببيع، و لا موجبه ببايع، و كذا صحّه سلبه عن نفس المعامله، كما يشهد به جميع مشتقاته، لكن لا يبعد تداوله فى السنه الفقهاء، الّا انّه بالقرينه. و عليك بالتّأمل فى المقام.

قوله (ره) (لأن المقصود معرفه مادّه بعت- إلخ-)

و عليه يتوقّف معرفه البيع، على معرفه (بعت) بمادته، و معرفته كذلك يتوقف على معرفه البيع، و هو دور صريح، كما هو واضح. و الظاهر تعيّن اراده الشقّ الثّانى، و عدم الاقتصار على النقل أو التمليك، للإشاره الى عدم كفايه مطلق الصيغه، و لو كانت كنايه.

قوله (ره): (فالأولى تعريفه بأنّه إنشاء تمليك عين بمال- إلخ-)

كيف هذا، و البيع الذى عرّفه بذلك، هو المأخوذ فى صيغه (بعت)، و غيره من المشتقات، كما يصرّح به عن قريب، و ليس المراد فى الإخبار بوقوعه قبل أو بعد، بمثل: باع، أو يبيع، الّا نفس البيع، لا إنشائه، فالصّواب تعريفه، بتمليك العين بالعوض، لما عرفت انّ إنشاء التمليك، ليس ببيع، كما انّه ليس بتمليك. نعم انّما هو جزء سببه، فيما إذا قصد التوسّل

اليه. و يرد عليه أيضا، انّ إنشاء التمليک، لا يعقل إنشائه، و ما يقبل لهـذا الطّور من الوجود، و سائر أطواره هو التمليک، فيتصوّر تـاره، و ينشأ أخرى، و يوجـد فى الخـارج ثالثه، و يختلف آثاره باختلاف أطواره، و يكون لكل طور منه اثر لا يكاد يترتّب على الآخر. فتدبّر.

قوله (ره): (منها انه موقوف على صحه الإيجاب- إلخ-)

لا يخفى عـدم التوقف، فإنه لو قيل بعدم جوازه، لأجل اعتبار الصـراحه فى الإيجاب، و لزوم كونه بلفظ البيع، و ما يرادفه، و عدم كـونه مرادفا لـه، لعـدم صـحه مـا حكـاه عـن الفخر (ره) من كـون (بعت) فى لغه العرب، بمعنى ملّكت، لوضـوح انه أعم، كـان التعريف به بضميمه ما دلّ على خصوصيّته جائزا، كما هو واضح.

قوله (ره) (إذ ليس المقصود الأصلى منه، المعاوضه- إلخ-)

بـل التمليـک لا ـ مجّانـا، بل بنحو الغرامه، و لـذا لا يجب تعيين ما عليه عينا، من المثل، أو القيمه، و لا كما إذا علم كونه قيميّا، بل يتعيّن عليه المثل، ان كان مثليّا، و قيمته، ان كان قيميّا، بمجرد تمليكه بالغرامه.

فافهم.

قوله (ره): (كان بيعا- إلخ-)

إذا لم يقصد به الصـلح، أو الهبه المعوضه، و الّا يصحّ صلحا، أو هبه، لو قلنا بوقوعها بغير الألفاظ الصريحه، و الّا فلا يصح بيعا، و لا واحدا منهما. اما البيع، فلعدم كونه بمقصود، و العقود تابعه للقصود. و امّا هما، فلعدم الصراحه فى عقدهما.

[استعماله فى معان آخر]

قوله (ره): (أحدها التمليک المذكور، لكن بشرط تعقّبه- إلخ-)

أى التمليک الإنشائى، كما هو الظاهر، و يشـهد به سائر كلماته، و لا يخفى انّه لا يلائمه ما استشـهد لما ادّعاه، من تبادر التمليک المقرون بالقبول بقوله، و لهذا لا يقال: باع فلان- إلخ- بل يلائم ما أشرنا إليه، من انّه التمليک، ضروره انّه لا يقال: باع، إذا عقد، و قد أخلّ ببعض الشّرائط، صحّه ان يقال: ما باع فتدبّر جيّدا.

قوله (ره): (و لعله لتبادر التمليک المقرون- إلخ-)

بـل لتبـادر التمليـک الحقيقى الـذى لاـ يکـاد ينفک عن تملّک المشترى، و تبادر اقترانه بقبوله، انّما هو لکونه ممّا لا بـدّ منه فى حصوله، لا من نفس اللفظ، بل يتّبع معناه، و منه ظهر حال صـحّه السّـلب عن المجرّد، و انّه من جهه عدم التّمليک مع المجرّد، لا لذلک، و لا لما افاده بقوله (أقول- إلخ-).

فافهم.

قوله (ره): (تحقّق القبول شرط للانتقال فى الخارج- إلخ-)

لاـ يخفى انّ الـذى لاـ يکـاد يکون القبول شـرطا له، هو الانتقـال الإنشـائى التابع لإنشاء النّقل، و امّا الانتقال بنظر النّاقل، فيختلف بحسب الانظار، فربّما يکون شرطا له بحسب نظر، و لا يکون کذلک بنظر آخر.

و بـالجمله، النقـل بحسب کـلّ مرتبه و نظر، لاـ يکاد يمکن انفکاکه عن الانتقال، بحسب تلک المرتبه، و ذاک النّظر، إذ الأثر لا ينفـک عن التـأثير، لاتحادهمـا ذاتـا، و اختلافهمـا اعتبـارا، فيکون تأثيرا من جهه انتسابه الى الفاعل، و أثرا من جهه الانتساب الى القابـل، و ان کان انفکاکه عنه بحسب مرتبه اخرى، أو نظر أخر، بمکان من الإمکان، و کـذلک الحال فى الوجوب، و الإيجاب، لا يکاد يمکن انفکاکهما فى مرتبه واحـده، بحسب نظر واحد، و انّما ينفک الإيجاب فى مرتبه، أو بحسب نظر، عن الوجوب فى مرتبه اخرى، و نظر آخر.

و من هنا ظهر انه لا فرق بين النّقل و الانتقال، و الوجوب و الإيجاب فى مرتبه، و بحسب نظر، و بين الکسـر و الانکسار. نعم هما، لمّـا کـان من الأـمور التى تکون موجوده فى الخارج، ليست لهما، إلّا مرتبه واحـده، بخلاف مثل الوجوب و الإيجاب، من الأمور النّفس الأـمريّه الاعتبـاريّه الّتى لاـ واقع لهـا، الّا بحسب الاعتبار المختلف بحسب الانظار، و صـحه الانتزاع عن منشأ بنظر، و عـدم صحته بآخر. هذا مع ثبوت الانفکاک، بين الذّهنى من الکسر و الانکسار، و الخارجى منهما أيضا، فلا تغفل.

قوله (ره): (و الى هذا، نظر جميع ما ورد- إلخ-).

لا يخفى إمکان إراده ما ذکره، من معناه فى هذه الإطلاقات، لو لم نقل

بظهورها فيه، و جعله بهـذا المعنى من العقود، بملاحظه انّه لا بدّ فى تحققه من العقد، قبالا للمعانى الإيقاعيّه، كالطلاق، و العتاق، و نحوهما.

قوله (ره): (ثمّ انّ الشهيد ره- إلخ-).

اعلم انّ الصـحه و الفساد، لما كانا من الأمور المتضايفه، لا يكاد يتصف الشـى ء بواحـد منهما، إلّا إذ أصحّ تواردهما عليه، فما لا يتّصف بالفساد أصـلا، لا يتّصف بالصـحه أيضا، كان البيع بمعنى التمليك مطلقا، حقيقيا كان أو إنشائيّا، لا يتصف بواحد منهما، بـل يكون مع علّته، و لاـ يكون بـدونها، و كـذا البيع بمعنى النقـل و الانتقال، و انّما يتّصف بهما البيع، بمعنى الإيجاب، و القبول، فيكون صـحيحا لو كان واجـدا لما اعتبر فى تأثيره، و فاسدا فيما إذا كان فاقدا، لكلّه، أو بعضه، فلا ينافى ذلك، تأثيره شـيئا أخر، إذا لم يكن ممّـا يـترقّب منه، أو لم يكن فعلاـ ممّـا يتوسّـل به اليه، و ان كـان فى نفسه مرغوبـا، لو كـان ممـا يتوسّـل اليه، لكن لا وحـده، بـل مع اثر آخر، فـإن الصـحه و الفساد، من الأمور الإضافيّه، فيصـح ان يتّصف بالصـحه، بملاحظه أثر، و بالفساد، باعتبار آخر.

ثم لاـ يخفى انّ مـا نقله عن الشـهيد الثـانى (ره) هيهنـا، ينـافى مـا نقله عنه سابقا، من كون إطلاق البيع على العقـد، مجاز، بعلاقه السببيّه، الّا ان يكون مراده، كون إطلاقه عليه، مجازا فى الأصل، و حقيقه بالنقل، فتأمل.

[فى أن العقود حقيقه فى الصحيح]

قوله (ره): (فلان الخطابات لما وردت على طبق العرف- إلخ-).

فينكشف بإطلاقها، انّ الصـحيح عندهم، يكون صحيحا عند الشارع، و لا يخفى انّه انما يجدى، فيما شك فى اعتباره شرعا، و قد علم عدم اعتباره عرفا.

قوله (ره): (فيستدلّ بإطلاق الحكم يحله- إلخ-).

أى يستدل بإطلاـقه على كون البيع الإنشـائى، بمثل (بعت)، على إطلاقه، من دون اعتبار ما شكّ فى اعتباره، يكون مؤثّرا نافـذا، غايه الأمر، قد علم تقييده بالقبول. و من هنا ظهر انّه على الوجهين، يكون المراد بالبيع، هو

السبب القابل للاتصاف بالصحه، و الفساد. و الفرق بينهما انّما يكون بالتّماميّه، و النّقصان. فافهم.

[فى المعاطاه]

اشاره

قوله (ره): (و المعاطاه (۱) على ما فسّره جماعه- إلخ-).

لا يخفى، انّ المعاطاه، ما جعل موضوعا لحكم فى آيه، أو روايه، و لا فى معقد إجماع، و انّما عبّر به، عمّا يتداول بين الناس، من المعامله بلا صيغه، فالمهمّ تعيين ما هو المتداول بينهم، و الظاهر عدم اختصاصه بما إذا كان هناك تعاطى من الطرفين، كما فى السّلف، و النّسيه، و لا بما إذا كان كلّ واحد من الإيجاب، و القبول به، لو كان، بل كما يكون به، يكون بالإعطاء إيجابا، و بالأخذ قبولا و يكون إعطاء الأخر، وفاء بالمعامله، لا متمّما لها، بل لا يبعد دعوى ان الغالب فى المعاملات المتعارفه، بحسب قصد المتعاملين ذلك كما لا يخفى، فلا يضرّ بالمعامله، لو ظهر ما أعطاه الثانى، مستحقا للغير، أو من غير ما عيّن من الجنس فى المقاوله، بل يضرّ بالوفاء بها، بل ربّما يقال، بحصولها بالتّراضى المنكشف بالقطع، و الفصل فى المساومه، و يكون التعاطى، أو الإعطاء، و الأخذ، خارجا عنها، و وفاء منهما بها، فيكون كل واحد من الثمن، و المثمن كلّيا، كما كان أحدهما على الوجه السابق. فتأمل.

قوله (ره): (و هو يتصوّر على وجهين- إلخ-).

لا يخفى، ان غرضه، ان كان بيان ما يتصوّر فى باب البيع، فلا يتصوّر، الّا على ثانى الوجهين، و ان كان بيان ما يمكن ان يتصور فيه، من دون اختصاص بهذا الباب، فلا وجه للتّخصيص بهما، فإنّه يمكن ان يقع على وجوه عديده، و قصد به كل ما يقصد باللقط، من إيقاع، أو عقد، بيعا كان، أو غيره، من غير فرق بينهما فى ذلك، و ان كان بينهما فرق من حيث انّ دلالته لا يكون بمثابه دلالته، و ذلك مما لا شبهه فيه، و لا ريب يعتريه.

اللّهم الّا ان يكون غرضه، ما يتصور فيه، فى هذا الباب، بحسب ما يوهم انه محلّ الكلام، و مؤد النّقض و الإبرام بين الأعلام.

۱- و فى المصدر: ان المعاطاه على ما فسره جماعه.

قوله (ره): (و الإنصاف ان ما ارتكبه- إلخ-).

فإن مثل هذا التأويل، و ان كان مما يصار إليه فى الاخبار، توفيقا بينها، لاحتمال التعويل فيها، على قرينه لم تصل إلينا، لتقطيع الاخبار، أو لاخفائها تقيّه، أو غير ذلك، و لم يأب عنه بعض الكلمات، الّا انه كيف يصار إليه فى كلمات مشهور الأصحاب، الظاهر فى إراده الإباحه، و نفى الملك، بل مع صراحه بعضها بلا موجب، و لا داعى، و مجرد عدم مساعده القواعد، على ما هو ظاهرهم، بل مساعدتها على خلافه، لا يوجب الحمل على ما يساعدها، سيّما مع احتمال مساعده السّيره الّتى هى العمده فى هذا الباب على ذلك و اما وجه أبعديه جعل محل النزاع، ما إذا قصد الإباحه، فهو انّه كيف، و قد جعل المعاطاه من فروع اعتبار الصيغه.

لا يقال: على هذا لا يحتمل، فلا وجه لاحتماله. فإنّه يقال:

لاحتمال ان يكون ذلك، لدفع توّهم انعقاد البيع بالمعاطات، مع قصد الإباحه ابتداء، من مشاهده فائدته، و لو بعد التصرف، و انه لا يكون ذلك أوّلا، بل أوّلا و ما دعاه الى هذا التّحمل، الّا استبعاد تأثير قصد التّمليک للإباحه، لا للتّمليک، مع انّه كما ستعرف انّه ليس كذلك، بل يؤثّر التمليک غايه الأمر، بشرط التّصرف، كالقبض فى الصّرف، و السّلف، أمّا الإباحه قبله، فليست شرعيّه، بل مالكيّه ضمنيّه، و لو سلّم انّ مرادهم، هى الإباحه الشرعيّه، فإنّما يستبعد المصير اليه، لو لم يكن هناک ما يمكن ان يتوهم منه ذلک، و السيره الّتى هى العمده فى الباب مورد لذلک، فتدبّر جيدا.

قوله (ره): (مع انّ إلغاء الشارع للأثر المقصود- إلخ-).

قد أشرنا إلى انّه، ما ألغاه، بل رتّبه عليه بشرط التصرف، كالقبض فى الصرف، و ترتّب الإباحه عليه شرعا، لو سلّم، فهو للاستناد إلى السيره ظاهرا، بتوهم انّها تساعد على ذلک.

قوله (ره): (و يدفع الثانى تصريح بعضهم بان شرط لزوم البيع- إلخ-).

يمكن ان يقال: لزوم البيع، بمعنى عدم جواز فسخه، لا يقتضى لزومه، بمعنى عدم جواز التراد، و بهذا المعنى محل الكلام فى المقام، و كون

الإيجاب، و القبول، من شرائط انعقاد البيع بالصيغه، لا يقتضى كونهما من شرائط البيع مطلقا، و لو بالمعاطات، و ليكن المراد بالإيجاب اللفظيين منهما، و الّا لم يكن المعاطاه بخاليه عنهما، كما لا يخفى.

قوله (ره): (لكن فى عدّ هذا، من الأقوال تأمّل- إلخ-).

وجهه، انّه مع شرط اللفظ، يكون البيع بالصيغه، لا بالفعل، لكنه يمكن ان يقال: انه يكون كذلك، إذا اعتبره، لكى يقع المعامله به، لا إذا كان لأجل الدّلاله، على انّها بالتّعاطى، فتأمل.

قوله (ره): (و يدلّ عليه أيضا قوله تعالى «وَ أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ» (١) حيث دل على حلّيه جميع التّصرفات- إلخ-).

و الظاهر انّ سبب التصرف فيها، و صرف الحكم بالحليّه إلى التّصرفات، عدم كون البيع بنفسه اختياريّا، لكونه مترتّبا على سببه بلا- اختيار، و أنت خبير، بانّ مجرّد ذلك لا- يخرجه عن الاختيار المعتبر فى متعلّق الأحكام، و على ذلك، فلا- دلاله لها على المدّعى، فإنها مسوقه لبيان تحليل البيع، بمعنى التمليك قبالا لتحريم الرّبا. نعم لو كان البيع فيها، بمعنى ما يوجبه، لدلّت على صحه المعاطاه، و لو كان المراد من الحليّه، مجرد التكليف، فان تحليل الشّارع للبيع بما يتوسل به، الى التّمليك، و ترخيصه فيه كذلك، كما هو ظاهرها، ملازم عرفا لامضائه و إنفاذه، كما ان تحريم معامله، و النهى عنها كذلك، يدلّ على الردع عنها كما فى تحريم الرّبا، و فيما علّقنا على الخيارات، ما له نفع فى المقام.

قوله (ره): (فمرادهم بالبيع، المعامله اللازمه- إلخ-).

بل المعامله الشرعيّه، و لذا صرّح فى الغنيه (٢)، بكون الإيجاب و القبول، من شرائط الصّحه، لا اللّزوم. فافهم.

قوله (ره): (فهو انّما يجدى، فيما إذا أشكّ فى انّ هذا النوع من السلطنه، ثابته

١- البقره: ٢٧٥.

٢- الغنيه- كتاب البيع- ٥٢٣.

للمالک- إلخ-).

بل لا یجدی فی ذلک، إذا شکّ فی تشریع أصل هذا النوع أیضا، حیث انّه مسوق لبیان سلطنه المالک، و تسلّطه، قبالا لحجره، لا- لبیان تشریع أنحاء السلطنه، کی یجدی فیما إذا شکّ فی تشریع سلطنته، فلا یجوز التمسّک به علی صحّه معامله خاصّه، و جواز تصرّف خاص، مع الشّک فیهما شرعا.

فافهم، کی ینفعک فی غیر المقام.

قوله (ره): (و امّا ثبوت السیره و استمرارها علی التّوریث- إلخ-).

هذا فی سیره المسلمین، و امّا سیره العقلاء، بما هم عقلاء، فلا شبهه فیها، و لا ریب یعتریها، حیث استقرّت طریقتهم علی ذلک، من غیر اختصاص بأهل مله، و نحله، و لم یردع عنها، صاحب شریعه، حیث لو ردع، لشاع نقله، و ذاع لتواتر الدّواعی، فی مثل هذه المسأله إلیه، فالأولی التّمسک بها، کما تمسّک بها فی غیر مقام، فإنّها أسلم ممّا تمسک به فی المقام.

قوله (ره): (ان القول بالإباحه المجرده، مع قصد المتعاطیین- إلخ-).

لا یخفی، انّه انّما یتوجه ما افاده من الاستبعادات، علی القول بها، إذا لم یقل القائل بها بالأول إلی البیع، بعد التصرف، أو التّلف، و قال: انّ الملک بعد أحدهما انما یکون به، لا بالمعاطاه بشرطها، بل یکون بالنسبه إلیه لغوا، و ان کانت مؤثّره للإباحه، و اما علی القول بالأوّل، فلا- یلزم انخرام قاعده «العقود تابعه للقصود» و لا کون اراده التصرّف، و لا التّصرف من جانب، و لا التلف السماوی من المملّکات، فان التملیک انّما حصل بنفس التّعاطی، الذی قصد به التملیک، لا بهذه الأمور، بل بشرطها.

و امّا حدیث تعلق الأخماس، و الزکوات، و الاستطاعه- إلخ- بغیر الاملاک، ففیه انّه لا- محذور فی ذلک فی کثیر منها، کالاستطاعه، و أداء الدّین، و النفقه، و الغنی، کما سیشیر إلیها، و کذا الوصایا، لو لم نقل بکفایه مثل الوصیّه، من التصرف فی حصول الملک بالتعاطی، و الّا فلا إشکال، فإنّ نفوذها حینئذ یکون فی الملک، و کذا لمواریث، فإنه لا اشکال بناء علی الأول بموت أحد المتعاطیین، کتلف أحد الملکین، کما لیس ببعید، و امّا بناء

على عـدمه، فلاـ بعـد فى القول بالإرث، و صـيروره الوارث كالمورث فيما له، و قـد تركه، ضـروره انّه ليس بلازم ان يكون ممّا ملكه، و فى الباقى، لم يعلم التزام القائل بالإباحه فى بعضـها، فلا يصـح إلزامه، و إفهامه، و لو كان بيّنا فساده، فلم يعلم منه القول، بتعلق الخمس، أو الزكاه قبل الأوّل، و لم يعلم فساد بعض الآخر، لو علم التزامه به، كما فى الشـفعه، فلا ضير فى القول بها بمجرّد التعاطى، لشـمول دليلها لبيع أحد الشـريكين عرفا، و ان كان تأثيره شرعا يتوقف على أمر، لم يحصل بعد، و كذا الربا، إذ لا شبهه على الأـوّل فى تعلّقه بالمعاطـات، و لاـ يكون حـاله قبل التصـرف و نحوه، الّا كالصّـرف، قبل القبض فى ذلك، كما لا شـبهه فى تبعيّته النمـاء المتصل، و امّا المنفصل، فلم يعلم انّ القائل بالإباحه، يلتزم بانتقاله إلى الأخـذ، كما أشار اليه، مع انّه يمكن ان يقال: ان قضـيّه قاعـده التبعيّه، ان يتّبعا فى الملكيّه بعـد التّصـرف، كما يتبعها قبله، و بعباره أخرى، يكون حالها، حال العين، المبيوعه، و ليس هذا ببعيد، كل البعيد. و بالجمله، على الاولى تكون هذه الأمور، بين ما لا يلزم، أولا يلتزم به القائل بالإباحه، و بين ما لا بعد فيه، لو التزم، أو لا بدّ من ان يلتزم به.

[فى لزوم المعاطاه و عدمه]

قوله (ره): (مدفوعه مضافا الى إمكان دعوى كفايه- إلخ-).

لا مجال لدعوى الكفايه على مختاره، من عدم حجيه الاستصـحاب، مع الشّك فى المقتضـى، كما لا شبهه فى صحتها على ما هو المختـار، من حجيّه، و ملخّص مـا أفـاده فى دفع الـدعوى، بين منع انقسـام الملك الى قسـمين، و تنوّعه بنوعين، و الاختلاف فى الأحكـام، ليس لأجـل الاختلـاف فى نـاحيته، بل للاختلاف فى ناحيه أسـبابه، قلت: لو كان الجواز، و اللزوم هيهنا، بمعنى جوازا فسخ المعامله و عدمه كما فى باب الخيار، فلا شبهه فى كونهما من أحكام الأسباب و اما لو كان بمعنى تراد العينين، و تملّك ما انتقل عنه، و عدمه، بلا توسـيط فسخ المعامله، كما فى الهبه، على ما صـرّح به فى الملزمات، فهما من أحكام المسببات لا محاله، و اختلافها فيهما، كاشف عن اختلافها فى الخصوصيات المختلفه فى اقتضاء الجواز، و اللزوم، لئلا يلزم الجزاف فى أحكام

الحکیم تعالی شأنه، و ان کان اختلافها فیها، ناشیا عن اختلاف الأسباب ذاتا، أو عرضا.

و بالجمله جواز فسخ المعامله، بحقّ خیار، أو بمحض حکم، کما فی الإقاله، و عدم جوازه، لا ریب فی کونهما من أحکام السبب المملک، اما جواز الرّد، أو التراد و عدمه، فهما من أحکام الملک، و الحکم علیه، تاره بالجواز، و اخری بعدمه، کاشف فی مورد کل واحد منهما عن خصوصیّه مقتضیه له، غیر خصوصیّه فی الآخر، و الاختلاف بحسب الخصوصیّه کاف فی اختلاف الأحکام، من غیر حاجه الی الاختلاف بالحقیقه، و الماهیه، و هذا الاختلاف الناشی عن اختلاف الأسباب ذاتا، أو عرضا، لا یجب ان یوجب تفاوتا فی المنشأ أصلا، کما لا یخفی، فانقدح بذلک، فساد ما أفاده فی بیان کون الجواز، و اللزوم، من أحکام السبب المملّک، لا الملک، فتدبر جیدا.

قوله (ره): (فان مقتضی السلطنه، ان لا یخرج- إلخ-).

یمکن ان یقال: کما أشرنا إلیه، انّه لیس الّا لبیان سلطنه المالک علی ماله، و تسلّطه علیه، و انّه لیس بمحجور، لا لبیان إثبات أنحاء السلطنه له، لیصیر دلیلا علی لزوم عقد، بمعنی عدم جواز الرّد، لمنافاه جوازه لا طلاقها، فتأمل.

قوله (ره): (فالقول بالملک اللازم، قول ثالث فتأمل).

لکنه لا بأس بالمصیر الیه، بعد عدم الاتّفاق علیه نفیه، بل کان عدمه الی الآن، بمجرد الاتّفاق، کما هو الحال، فی حدوث القول الثالث فی کلّ مسأله، و لعلّه أشار إلیه بأمره بالتأمّل.

قوله (ره): (بل یمکن دعوی السیره- إلخ-).

دعواها، علی نحو کانت کاشفه عن رضاء المعصوم، کما تری، و الإنکار علی المنع عن الرّجوع، لو سلّم، لم یعلم انّه من جهه بنائهم علی جوازه، و لعله لأجل ما هو المرکوز عقلا و نقلا من حسن الإقاله، و کون ترکها مع الاستقاله، خلاف المروه، و مناف للفتوّه، من غیر فرق بین إیقاع البیع بالصیغه، أو التّعاطی.

قوله (ره): (أو باعتبار محلّه و غير محلّه- إلخ-).

أو باعتبار كونه محللا لكلّ من الثمن، أو المثمن، على من انتقل اليه، و محرّما على من انتقل عنه، و يكون الغرض، دفع توهّم كون مجرّد المقاوله، من بيع ما ليس عنده المركوز حرمته، و عدم نفوذه، ببيان انها ليست بمحلله، و محرّمه، و الكلام، و هو البيع ما كان كذلك، فليست ببيع، حتى كانت من بيع ما ليس عنده، و عليه يكون التعبير عنه بالكلام، لا لأنّه لفظ بمعناه، بل بما هو نفس المعنى بوجه، كما لا يخفى، و يكون الحصر ليس بحقيقى، بل بالإضافه إلى المقاوله، فلا دلاله فيه على انحصار التحليل، و التحريم، بالبيع بالصيغه، و لا به مطلقا. فتدبر جيّدا.

قوله (ره): (بان يقال (۱) حصر المحلّل و المحرم فى الكلام، لا يتأتّى إلّا- إلخ-).

هذا إذا كان المراد بالكلام، هو اللفظ بمعناه، و امّا إذا كان المراد به نفس المعنى، كما أشرنا إليه آنفا، أو كان حصر المحلل فى المقاوله، و المواعده، و حصر المحرم فى إيجاب البيع و إيقاعه، بالإضافه إلى الآخر، فلا يكاد يمكن استظهار اعتبار الكلام فى إيجاب البيع أصلا، كما لا يخفى.

[و ينبغى التنبيه على أمور]

[الأوّل فى أن المعاطاه بيع]

قوله (ره): (فالظاهر انه بيع عرفى لم يؤثر شرعا- إلخ-).

لكنه قبل وجود أحد الملزمات، و الّا يصير بيعا شرعيّا، يؤثّر التمليك، و نفى البيع عنها فى كلام المشهور، القائلين بالإباحه، هو البيع الشرعى بمجرده، لا بعد وجود أحدها، على ما عرفت من الأول إلى البيع. و من هنا ظهر انّ قوله (فنفى البيع- إلخ-) لا يصحّ ان يكون تفريعا على القول بالإباحه، و انما هو تفريع على القول بالملك، و ان كان خلاف سوق الكلام.

قوله (ره): (و حيث انّ المناسب لهذا القول التمسّك- إلخ-).

قد عرفت انه لا دلاله على مشروعيّه معامله أصلا، و أنّه لا دلاله الّا على إثبات السلطنه للمالك، قبالا لحجره، كما فى بعض أفراده، بأحد

۱- و فى المصدر: بان يقال ان حصر المحلّل.

أسبابه، و فى غيره، الّا بسبب ولايه، أو وكاله، لا إثبات أنحاء السلطنه، كى يجدى فيما إذا شكّ فى شرعيّه أصل معامله، أو فيما اعتبر فى صحتها، و لو علم شرعيّتها، و عليه فلو شكّ فى أصل مشروعيّه الإباحه العوضيّه، لا وجه للتّمسک به، على مشروعيّتها، فضلا عمّا إذا شكّ فى اعتبار شى ء فى سببها. نعم يحلّ التّصرف بما لا يتوقّف على الملك، لقوله عليه السلام «لا يحلّ مال امرء الّا بطيب نفسه (۱)» و قوله «لا يجوز لأحد التصرف فى ملك غيره، الّا بإذن مالكه، إذا كان بطيب من مالكه، أو باذنه (۲)» و لو لم يكن هناك معاطاه. فلا تغفل.

قوله (ره): (و اما على المختار، من انّ الكلام فيما إذا قصد- إلخ-).

و نخبه الكلام فى المقام، انه لا شبهه فى اعتبار ما اعتبر فى البيع، بإطلاق، أو عموم، على القول بإفادتها للملک، فإنّها بيع بلا إشكال، الّا ان يقال: انّ السّيره قد ألغت بعض ما يعتبر بالإطلاق أو العموم، و انّى لها بذلک. نعم لو كان الاشتراط، بدليل يختص بما إذا كان بالصيغه، لا يعتبر فيها، إذا كان الدليل على الصحه، عموم، أو إطلاق، لا مثل السيره، و كذلک على القول بالإباحه، بناء على الأوّل اليه، و إفادتها التمليک بعد التصرف، أو التلف، فإنّها بيع أيضا، و توقف تأثيره على مثله غير ضائر، كما فى الصرف، و السلف، و امّا بناء على عدم الأول، و كون التمليک بعد التصرف به، لا بها، فإطلاق أدله شروط البيع، و ان كان لا يساعد على اعتبارها فيها، لعدم كونها بيعا شرعا، و لا يجدى كونها بيعا عرفا، بعد كشف الشارع عن حالها، و انها ليست ببيع واقعا، الّا ان إفادتها لإباحه جميع التصرفات شرعا قبل التصرف، و حصول التمليک به بعده، لما كان على خلاف الأصل، وجب الاقتصار فى خلافه، على القدر المتيقن، و هو ما إذا كانت واجده لجميع ما يعتبر فى صحه البيع. فتدبّر جيّدا.

قوله (ره): (و اما حكم جريان الخيار فيها، فيمكن نفيه- إلخ-).

إذا لم نقل بالأول إلى البيع بعد التلف، لعدم كونها بيعا، لا لجوازها،

۱- وسائل الشيعه: ۳- ۴۲۴- ب ۳- ح ۱.

۲- وسائل الشيعه: ۶- ۳۷۷- ب ۳- ح ۶ (بهذا المعنى).

و اما بناء علیه، فحالها حال بیع الصرف و السّلم قبل القبض، و مجرّد الجواز، بمعنی التراد، أو الردّ قبل التصرف، أو التلف، لا یمنع عن تعلق حق الخیار، مع ان جواز الفسخ بخیار، لا یمنع عن تعلق خیار آخر.

و من هنا ظهر انّ ثبوت الخیار فیها مطلقا، بناء علی إفادتها الملک، أظهر، لا لصیرورتها بیعا بعد اللزوم، کما علّل به، بل لکونها فعلا- بیعا عرفا، و شرعا، و الخیار موجود من زمن المعاطاه، و أثره یظهر من حین ثبوته، لصحه إسقاطه، و المصالحه علیه قبل اللزوم، فلا- وجه لما افاده من ظهور أثره بعده، کما لا وجه، لما ذکره من احتمال التفصیل، إذ دعوی اختصاص أدلّه الخیار فی البیع، بما وضع علی اللزوم، مجازفه، کما لا یخفی علی من لاحظها.

[الأمر الثانی فی المتیقن من موارد المعاطاه]

قوله (ره): (الأمر الثانی: ان المتیقن من مورد المعاطاه- إلخ-).

قد عرفت فی بعض الحواشی السابقه، ان لفظ المعاطاه لیس مما ورد فی آیه، أو روایه، و لا فی معقد الإجماع، بل من المعلوم انه عبّر بها، عن المعامله، المتعارفه، المتداوله، فالمدار فی ترتیب الأحکام و الآثار، علی ما هو المتعارف، و ان لم یصدق علیه معنی المعاطاه، بل معنی الإعطاء، بل و لو لم یصدق علیه بناء علی حصول التملیک، و تحقق المعامله بالمقاوله، و یکون الإعطاء من طرف أو طرفین، من باب الوفاء بها، لا إحداثا، أو تتمیما لها، علی ما احتملناه، فالعمده تحقیق ذلک، و علیک بالتحقیق.

[الأمر الثالث تمییز البائع من المشتری]

قوله (ره): (الثالث: تمییز البائع من المشتری- إلخ-).

لا- یخفی، انّه لیس هذا من تنبیهات المعاطاه، لعدم اختصاصه بها، و ان المنشئ للتملیک بالعوض، بایع، و منشی ء التملک به، مشتری، من غیر فرق فیما قصدا به، بین اللفظ، و الفعل، فلو لم یقصد کل واحد منهما، الّا ما قصد الآخر، فهما بائعان، أو مشتریان کذلک، ای من غیر فرق بینهما، فلا فرق فیما هو الممیّز لکلّ منهما عن الآخر، مفهوما بینهما.

نعم بینهما فرق فی التّمیز خارجا، و هو انه غالبا یکون فی البیع بالصیغه، ما یدل بظاهره علی انّ أیّهما بائع، و أیّهما مشتری، بخلاف الفعل،

لعـدم دلالته بنفسه، و يكون الدلاله بالقرينه، و ربّما لا يكون، أو لا يكون محفوظه، و ربّما يعكس الأمر، لو قلنا بكفايه المجاز، و الكفايه فى الصيغه، فافهم. فتدبر جيدا.

[الرابع أن أصل المعاطاه و هو إعطاء كل منهما الآخر ماله يتصور على وجوه]

اشاره

قوله (ره): (فيكون الآخر فى أخذه، قابلًا و مملكا- إلخ-).

لاـ يخفى، انه لا يتعين هـذا، على هـذا الوجه، لا مكان ان لا يقصـد بأخـذه التّمليک، بل بـدفعه، و انّما أخـذ مقـدمّه لقبوله بـدفع العوض، فلو مات قبل الدفع، مات قبل تمام المعاطاه، فلا تغفل.

قوله (ره): (فيكون تمليک بإزاء تمليک، بالمقابله- إلخ-).

بـل يكون المقـابله، بين مـال المعطى، و تمليـک الآـخر، و يكون تمليكه ثمنـا، كفعـل آخر جعل ثمنا، فاذا قصـد بأخـذه القبول، فالمعـامله يتمّ، من دون توقّـف على تمليكه، و ان وجب عليه الوفـاء، و يسـتحقه عليه المعطى، فلو مـات، لم يفت منه، الّـا الوفـاء، بالمعامله، الحاصـله بالمعاطات، و لو كان الغرض من المعامله، المقابله بين التمليكين، بان يكون عمل كل منهما و تمليكه، جعل بـإزاء عمل الآخر، و تمليكه، لم يقع بهـذه المعامله، تمليک من أحـدهما، بل يسـتحق كلّ على الآخر، بعـد وقوعها تمليک الآخر وفاء بها، كسائر الأعمال، إذا وقعت المعاوضه بينهما، كما لا يخفى.

و بالجمله، إذا قصـد بنفس المعامله، تمليک مال، بعوض تمليک الآخر شـيئا، كان التمليک عوض المال، كما يظهر من مقايسـته على بيع الأـموال بالأعمـال، فظهر انه بيع، لاـ انه بعيـد عنه، و قريب من الهبه، كمـا افاده (ره). فانقـدح بـذلک مواضع الخلل فى كلامه، زيد فى علوّ مقامه، فى هذا الوجه، و الوجه الرابع، فلا تغفل.

[فى مفاد الإباحه المعوضه]

قوله (ره): (فاذا كان بيع الإنسان مال غيره- إلخ-).

تحقيقه ان يقـال: انه لاـ شـبهه و لاـ إشـكال فى انّه يعقل تمليک الإنسان، مال غيره، بعوض يملكه باذنه، كما يعقل تمليک ماله، بعوض يملكه غيره، و ان لم يصدق عليه عنوان البيع، لاعتبار خصوصـيه تملک المالک للعوض فى صدقه، و لم يصح الاستدلال على صحته، بما دل على صحته،

و إمضائه، مع ان مجال المنع عنه واسع، و تعريفه بمبادله مال بمال، انما يكون فى قبال التمليك مجانا، كيف، و فى بيع مال المضاربه بالمرابحه للعامل من الثمن ما جعل له من المقدار، مع انّ مال المضاربه للمالك، و لو سلّم، فيمكن ان يستدل عليه بمثل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (۱) و «المؤمنون عند شروطهم» (۲)، لا يقال:

لا يكاد يصح الاستدلال على صحته بأدلّه البيع، و لو سلّم صدقه عليه، لمكان ما دلّ على النّهى عن بيع ما ليس عنده، فإنه مع الاذن فى بيعه، كذلك يمنع عن كونه من بيع ما ليس عنده، و امّا العتق عن غير المالك، فلا مانع عنه عقلا، و انّما منع شرعا عن عتق غير المالك، لا عن عتقه عن غيره، فاذا صح عتقه عن غيره، صح له ان يأذنه فى ذلك، و اما الوطى، فلا بأس بالقول بجوازه للمباح له، بدعوى انه تحليل، و ان اعتبار لفظ خاص فيه، دعوى بلا دليل.

فتلخص مما ذكرنا، انّه لا بأس بأن يقال بصحّه إباحه جميع التصرفات التى منها البيع، و العتق، و الوطى، فتأمل.

قوله (ره): (فيشكل الأمر فيه، من جهه خروجه عن المعاوضات المعهوده- إلخ-).

إنما يشكل من هذه الجهه، إذا أريد الاستدلال عليه، بما دلّ على صحّتها بعناوينها، و الّا فلا إشكال فى صحه الاستدلال عليها، بالمؤمنون عند شروطهم، و بأوفوا بالعقود (۳)، الّا ان يدعى ان المراد بالعقود، هى المعهوده المتعارفه مها، لا مطلقا، و هو كما ترى، و قد عرفت الإشكال فى الاستدلال ب «النّاس مسلطون» (۴) فى تشريع المعاملات، و أنحاء التسلطات. فتدبر جيّدا.

۱- المائده: ۱.

۲- بحار الأنوار- ۲- ۲۷۲.

۳- المائده: ۱.

۴- بحار الأنوار- ۲- ۲۷۲.

قوله (ره): (ففی لزومها مطلقا لعموم «المؤمنون عند شروطهم» (۱)- إلخ-).

قد بیّنا فیما علّقناه علی مبحث الخیارات من الکتاب، الإشکال فی الاستدلال بمثل عمومه علی اللّزوم، فلیراجع ثمه، و فی الاستصحاب کفایه، لکن قد یشکل بان اللزوم فی مثله من العقود الإذنیّه، لا یکاد یعقل، لتقوّمه بالإباحه و الاذن، و مع الفسخ أو المنع، لا اباحه و لا اذن، و حلّه ان جواز التصرف فی العقود الإذنیّه، ان کان مستندا الی الاذن الفعلی، فلا إشکال فی زواله بزواله، و لکنه لیس کذلک، بل بالعقد علی إباحته له، و الاذن فی تصرفه مطلقا، و تعقّل لزوم العقد علی ذلک، مما لا ریب فیه و لا شبهه یعتریه.

نعم لزومه لا یمنع عن جواز تصرف المالک فیه، بما یذهب موضوعه، لعموم «الناس مسلطون- إلخ-» (۲). فافهم و تأمل، کی لا یشتبه علیک الأمر.

[الخامس فی حکم جریان المعاطاه فی غیر البیع]

قوله (ره): (لکن الأظهر بناء علی جریان المعاطاه- إلخ-).

بل الظاهر جریانها فیها، لإطلاق أدلتها، و السیره بالنّهج الذی قرّرناها فی البیع، و عدم القول بالفصل بینه و بینها، ظاهرا، و الاشکال فی مثل الرهن لأجل منافات ما هو قضیّته، و ما هو لازم المعاطاه من الجواز، لا یوجب و هنا فی جریانها فی غیره ممّا لا یکون هناک منافاه، مع انّ المنع عن کون الجواز لازم المعاطاه، بمکان عن الإمکان، و قضیّه الإطباق، علی توقف العقود اللازمه علی اللفظ، لو سلّم، فهو انّما إذا کان اللزوم من عوارض العقد، و جاز تبادله مع الجواز، لا ما إذا کان اللزوم، من مقتضیات ذاته، و حقیقته، کما فی الرهن.

و من هنا ظهر، انّه من کان یبالی بمخالفه المشهور، فضلا عن المتفق علیه فی فسخه عن هذا الاشکال، مع انّ ما أطبقوا علیه، لیس الا بنحو القاعده، مخالفته بلا دلیل علی خلافه، لا یجوز، الّا بالدلیل، و السّیره فی خصوص الرهن، دلیل، فظهر انّ مخالفه ما أطبقوا علیه هیهنا، لیس لأجل

۱- المستدرک- ۲- ۴۷۳.

۲- بحار الأنوار: ۲- ۲۷۲.

عدم المبالات بالمخالفه. فافهم و اغتنم.

[السادس فی ملزمات بیع المعاطاه]

قوله (ره): (اعلم انّ الأصل علی القول بالملک- إلخ-).

قـد ظهر مما علّقناه علی مبحث الخیارات، ان اللزوم المناسب للمقام، و هو بالمعنی المقابل لجواز التّراد، أو لجواز الفسخ، بمجرد الحکم به، لا ـ بحقّ الخیار، ممّا یـدلّ علیه بعض الوجوه المتقـدمه، فمن أراد الاطلاع، فعلیه المراجعه ثمه، ثم ان المهم فی المقام، إذا شکّ فی اللزوم و الجواز، بعد التلف مثلا، و قد قطع بالجواز قبله، بیان انه من موارد الرجوع الی استصـحاب حکم المخصص عنـد الشک، أو الرجوع الی العام، فاعلم انه، و ان کان مثل «أَوْفُوا» و «المؤمنون» مما دلّ علی عدم جواز فسخ العقد، إذا خصّـِص من موارد الرجوع الی استصحاب حکم المخصّص، لا الرجوع الی حکم العام، فان حکم وجوب الوفاء، أو لزوم الالتزام بالشرط، انّما لو حظ بنحو اسـتمرار أمر وحدانی فی الأزمنه، لا متعددا بحسـبها، فاذا قطع فلا یرجع إلیه إذا شکّ، بل الی استصحاب حکم الخـاص، الّا انه فی المقام حیث ما انقطع حکمه من البین، بل منع عنه من الأول فی الجمله قبل انقضاء المجلس، و حصول التلف مثلا، فاذا شکّ فی انّه صار محکوما أولا، فالمرجع هو الحکم العام، لإطلاق العقود، أو الشـروط، لو کان لهما إطلاق، فإن قضیّته ان یکون محکومـا به مطلقـا، و دلیـل الخیار، أو الجواز فی المعاطاه، قیّـده و جعل المحکوم به، هو العقـد به انقضاء المجلس، أو حصول التلف، فـاذا شـکّ فی زیـاده التقییـد، فـالمرجع هو الإطلاـق، الا ـ ان یمنع عنه، بتقریب انّه غیر مسوق بلحاظ الطّواری بل بلحاظ نفس العقـد، و الشـرط، فلیرجع الی استصـحاب حکم المخصّـِص، هـذا بالنسـبه إلی جواز الفسخ، و اما بالنسـبه إلی جواز التّراد، فکـذلک، ای المتبع هو إطلاـق مثل «لا یحل مال امرء- إلـخ-» (۱) لو کـان، و الّـا فاستصـحاب جوازه، و لا یمنع عنه مثل تلف احدی العینین، لامتناع التّراد، کما أفاد، لأنّه لیس متعلّقه نفسهما، کی یمتنع ترادهما فی الخارج، بل

۱- وسائل الشیعه: ۳- ۴۲۴- ب ۳- ح ۱.

ملكيّتهما، و الملكيه كما صح انتزاعها عن الموجود، صحّ انتزاعها عن التالف، فإنها من الاعتبارات، و هى مما لا يتوقّف على موضوع موجود، بل إذا كان هناك منشأ انتزاع، تنتزع عن غيره، و ليست هى بالجده، التى هى إحدى المقولات، كما توهم، حتى يحتاج الى موضوع موجود، كيف، و قد وقع التّراد مع التلف، فيما إذا فسح العقد بخيار، و لا يتفاوت فى الامتناع، ان يكون التراد بلا واسطه، أو بواسطه الفسخ، لا يقال: فى الفسخ لا تراد أصلا، بل يرجع الى بدل التّالف، فإنّه لو لا التراد، لم يكن وجه للرجوع الى البدل، بقاعده ضمان اليه، أو الإتلاف.

هذا كلّه على القول بإفادتها الملك الجائز، و امّا على القول بالإباحه، فبناء على الاولى الى البيع، كما أشرنا إليه، يكون المرجع عند الشّك فيها، ما هو المرجع عند الشّك فى جواز الفسخ، أو التراد من إطلاق وجوب الوفاء، أو لزوم الالتزام بالشرط، الى غير ذلك لو كان، و الّا فاستصحاب الإباحه طابق النعل بالنعل، و بناء على عدم الأوّل إليه، فما لم يعلم حصول الملك، فالأصل بقاؤها، لو كانا باقيين، أو الباقى منهما على الملكيه للمالك قبل حدوث ما يوجب الشك فيجوز تصرفه فيه بما شاء، كما يباح لصاحبه التّصرف فيه بعده، كما كان قبله قطعا، إذا علم بانّ المالك لم يحدث فيه شيئا، لا يبقى معه الإباحه، و استصحابا لو شكّ فيه، امّا إذا أحدث فيه ذلك، فلا مجال لاستصحاب جواز التصرفات، لحكومه استصحاب نفوذ تصرف المالك، على استصحاب جوازها، كما لا يخفى. فانقدح بما حققناه، مواضع الخلل فى كلامه، زيد فى علو مقامه، قد أشرنا إلى بعضها، و ربما نشير الى بعض آخر.

فتدبر جيدا.

قوله (ره): (و المتيقن من مخالفتها، جواز تراد العينين- إلخ-).

قد عرفت جواز ترادهما ملكا، لا خارجا، فلا وجه للامتناع بمجرد التلف، و الارتفاع، فالوجه فى عدم التّراد، هو اتباع إطلاق «الناس مسلطون» (۱) و «لا يحل مال امرء» (۲) و نحوهما، و الّا كان استصحاب جوازه

۱- بحار الأنوار- ۲- ۲۷۲.

۲- وسائل الشيعه: ۳- ۴۲۴- ب ۳- ح ۱.

مقتضيا لجوازه، مثل استصحاب الجواز فى البيع الخيارى بلا تفاوت أصلا، و لو كان التلف مانعا عن التراد ملكا، لكان مانعا عنه فى صوره الفسخ، مع ان الظاهر، ان يكون الجواز هيهنا، كالجواز فى البيع الخيارى، من عوارض المعامله، لا العوضين، غايه الأمر هناك بحق الخيار، و هيهنا بمحض الحكم به، و ذلک لان الدليل عليه، ليس إلّا السّيره التى استقرّت على انّ البيع بها، ليس بالصيغه فى عدم جواز الفسخ، بل يجوز فسخه لعدم استحكام المعاطاه عندهم، استحكام الصيغه.

و بالجمله، بنائهم فى المعامله المعاطاتيه، على نفوذ الفسخ من أحد المتعاطيين، و لو مع عدم رضاء الآخر.

قيل: استحكامها بالتصرف، أو التلف، و نحوهما، لا على جواز تراد العينين بلا توسيط الفسخ، كما يظهر ذلک من الاستفسار منهم، كما صرّح بجواز الفسخ فى السرائر، و امّا التعبير بالتراد، الظاهر فيما ذكره (ره) فهو انما يكون من القائلين بالإباحه. فافهم.

و قد انقدح بذلک، فساد العلاوه الّتى ذكرها بقوله «مع ان الشّک- إلخ-» و ذلک لما علم من انّ الإطلاق لو كان، لكان مانعا من الاستصحاب مطلقا، و لو علم ان الجواز كان عن عوارض البيع، كما فى البيع الخيارى، و لولاه، فلا مانع من استصحابه، و لو علم بكونه عن عوارض البيع، كما فى البيع الخيارى، و لولاه، فلا مانع عن استصحابه، و لو علم بكونه من عوارض العوضين، لا مكان تحقّه مع تلفهما، و ما لا يكاد يتحقق معه ترادّهما خارجا، لا ملكا. و منه يعلم حكم ما لو تلف أحد العينين، أو بعضها، على القول بالملک، و اما على القول بالإباحه، فالأصل عدم اللزوم، كما استوجهه بعض المشايخ على ما حكاه، لأصاله السلطنه، بل لقاعدتها، بناء على شمول دليلها لمثل هذه الطّوارى.

قوله (ره): (و على المال التالف بأخذ بدله الحقيقىّ، و هو المثل أو القيمه- إلخ-).

قد مرّ غير مره، انه ليس لعمومه هذا الشأن، و انما شأنه، إثبات السلطنه للمالك، قبالا لحجره فيما سوغ من التصرفات، فلا دلاله له على تجويز تصرف، فضلا عن الدلاله على الضمان بالمثل أو القيمه، و لعلّه أشار إليه بقوله فتدبّر.

قوله (ره): (و الظاهر انه فى حكم التلف لان الساقط لا يعود- إلخ-).

لا يكاد يعود نفس الساقط، حقيقه لامتناع اراده المعدوم، لكنه لا يختص بالساقط، بل الملكيّه الزّائله عن العين الموجوده، كذلك لا تعود لذلك، و اعاده مثله كما فى الملكيّه بمكان من الإمكان، فالعمده مع الشك، هو أصاله عدم العود، و عدم زوال ملكه عمّا انتقل اليه بعوض الدين، و لا استصحاب للجواز ههنا، ليحكم عليها كما لا يخفى.

قوله (ره): (و الظاهر ان الحكم كذلك على القول بالإباحه، فافهم- إلخ-).

فإنّ الظاهر ان اباحه الدّين على من عليه الدّين لا يعقل لها معنى، الّا سقوطها، فيعود انّ السّاقط لا يعود مع ما علّقناه عليه طابق النعل بالنفل.

فافهم.

قوله (ره): (فهو كالتلف على القول بالملك- إلخ-).

قد عرفت ان التلف لا يمتنع معه التّراد، خلافا له (ره)، لكن الظاهر امتناعه مع النقل، و لو كان جائزا أيضا، و ذلك لان المراد به هو ردّ العين الى ملكه عن ملك حدث لصاحبه بنفس المعامله، لا من ملك غيره، و لا عن ملكه بسبب غيرها، و لو كان فسخ ما يوجب ارتفاعها، لعدم إمكان التّراد بالمعنى المراد قبل فسخه، لكونه عن غير ملك المتعاطيين و بعده، لكونه عن غير ملكه الحاصل بالمعامله، فإن فسخ المعامله، كعقدها سبب مستقل، و ان أبيت فلا أقل من الشّك، و معه فالأصل عدم جوازه، لانقطاع الجواز بتخلّل ملك الغير، و بذلك ظهر عدم التفاوت بين ان يكون بعقد لازم، أو

جائز، فلا تغفل.

قوله (ره): (اتجه الحكم بجواز التراد مع بقاء العين الأخرى- إلخ-).

لا يخفى انّ المتّجه، عـدم جوازه، فان تملّك المالك للعين الموهوبه، تملك بوجه آخر، غير التملّك بالرّد فى المعاطاه، ليحجب ردّ الأخرى إلى مالكها، كى حصل التراد، و لم يلزم الجمع بين العوضـين، فالعينان و ان اجتمعا عنـده، الّا انّ إحديهما بالمعاطات ابتداء، أو بعد التصـرف فى إحديهما بالهبه، و الأخرى بالرجوع الى العين فى الهبه، لا المعاطاه. نعم لو كان الرجوع إليها بالفسخ، يمكن ان يقـال بعود العلقه السّـابقه، بحسب الاعتبار، و ان لم يكن عودها بحسب الحقيقه، لامتناع اعاده المعـدوم، فكأنّه لم يكن هناك هبه، فيكون المعاطاه على ما كانت محلّا للتّراد، لكن الرجوع فى الهبه، ليس فسـخا لها، مع انّه لو كان من باب الفسـخ، فلا يحكم بجواز التراد لعدم القطع به، و لا لاستصحابه، لانقطاعه قبل الرجوع قطعا، فافهم.

قوله (ره): (سقط الرجوع على القول بالملك لامتناع التّراد- إلخ-).

لو قيـل بحصول الشـركه بمجرد الاـمتزاج، و الّا لم يمتنع التّراد، لبقاء الأجزاء الممتزجه على ما كانت عليه من الملك، أو الإباحه، لمن صارت اليه من المتعاطيين، فيصح ردّها الى من انتقل عنه. فتدبر جيّدا.

[السابع إن الشهيد الثانى فى المسالك ذكر وجهين فى صيروره المعاطاه بيعا بعد التلف]

قوله (ره): (لإطباقهم على انها ليست بيعا حال وقوعها، فكيف يصير- إلخ-).

قد عرفت بما لا مزيد عليه انّه لا غرابه فيه أصلا، و ليس حالها، الّا حال بيع الصّرف و السّلف فى عدم كونهما بيعا قبل القبض فى المجلس بالاتفـاق، و صـيرورتهما بيعـا بعـده كـذلك، و من هنـا ظهر انّ حالهـا فى ترتيب أحكـام الخيـار و غيرها حالها، كما لا يخفى.

[الثامن لا إشكال فى تحقق المعاطاه بما إذا تحقق الإنشاء بالفعل]

اشاره

قوله (ره): (فان قلنا بعدم اشتراط اللزوم أى- إلخ-).

لاـ يخفى، انه خلف إذا افترض فيمـا إذا حصـل بـالقول غير الجـامع لشـرائط اللزوم، فلاـ يكاد يتأتّى فيه، الّا بالخلف، ثم ان الفاقد لشرائط اللزوم، فان كان واجدا لجميع ما يعتبر فى الصحه عند الجميع، فلا يعقل ان

يحتمل ان يكون من باب المعاطاه التى هى محل الخلاف، و ان كان فاقد البعض ما يعتبر فيها كذلك، فكذلك، و ان كان فاقدا لبعض ما يعتبر عند البعض دون الآخر، فيكون فاسدا عند من اعتبره، و صحيحا عند غيره، فكذلك أيضا، و انّما يصح الترديد فى تمشيه النزاع و الخلاف فى الإنشاء القولى، فيما إذا جعل المحلّ الإنشاء بصيغه كذا أو بغير صيغه كذا، فيصح حينئذ ان يردّد فى انه كالإنشاء بالمعاطات فى كونه معركه للآراء و الخلاف بين العظماء- فافهم.

قوله (ره): (أقول: المفروض ان الصيغه الفاقده لبعض الشرائط- إلخ-).

يمكن ان يقال انّ الصّيغه المفروضه، و ان لم تتضمن إلّا إنشاء واحدا، و المفروض فسادها، للإخلال ببعض ما اعتبر فيها، الّا انّ الصحه و الفساد، لمّا كان من الأمور الإضافيّه، كما أشرنا إليه فى بعض الحواشى السابقه، كان فساد الصيغه المنشاء بها التمليك بما هى عقد البيع، و لا يترتب عليها شى ء ممّا يكون آثار العقد، من اللزوم و غيره، لا ينافى كونها معاطاتا و داخله فى المسأله التى تكون معركه للآراء، و صحيحه بما هو بيع عند بعض، و اباحه عند آخر، الى غير ذلك من الأقوال فيها، و الحكم بضمان المقبوض بالعقد الفاسد يمكن ان ينزل على انّه حكم اقتضائى لا فعلى، بمعنى ان قضيه فساده بما هو عقد، ذلك لو لم يجى ء فى البين الحكم بصحته بوجه آخر، اى بما هو بيع بغير العقد، و هذا أحسن ما يقال، توفيقا بين ما ذكر فى المقامين.

فتفطّن.

[مقدمه فى خصوص ألفاظ عقد البيع]

اشاره

قوله (ره): (ثم الكلام فى الخصوصيات المعتبره فى اللفظ- إلخ-).

و المرجع فى عدم اعتبار خصوصيه ماده، أو هيئه، هو الإطلاق المنافى لاعتبارها، لو كان، و الّا فأصاله الصحه، لو كان الشك فى اعتبارها فيها، و أصاله اللزوم لو كان الشّك فى اعتبارها فيه، كما مرّت إليه الإشاره.

قوله (ره): (اما الكلام من حيث المادّه، فالمشهور عدم الوقوع- إلخ-).

لكن مقتضى الإطلاقات فى باب البيع، وقوعه بالكنايات، و أنحاء

المجازات، بلا فرق أصلى بين ان يكون القرينه على التّجوز لفظا أو غيره، لاستناد إنشاء التّمليک الى اللفظ على كل تقدير، كما لا يخفى. نعم ربما يمكن المناقشه فى صدق العقد على ما إذا وقع بالكنايه، فإنّه عهد مؤكّد، و لا يبعد ان يمنع عن تأكّده فيما إذا وقع بها، و ذلک لسرايه الوهن من اللفظ، الى المعنى لما بينهما من شدّه الارتباط، بل نحو من الأنحاء.

[مسأله الأشهر لزوم تقديم الإيجاب على القبول]

قوله (ره): (ان القبول الذى هو أحد ركنى العقد، فرع الإيجاب- إلخ-).

و محصل ما ذكره وجها للتفصيل على طوله و جواز تقديم مثل اشتريت، و عدم جواز تقديم مثل قبلت، هو اشتمال هذا على المطاوعه التى لا بدلها من الفرعيّه، و التابعيّه، فكيف يقدّم بخلاف ذاک فإنّه لا مطاوعه فيه، فيؤخّر و يقدّم، قلت: لا يخفى انّ العقد و ان كان ينعقد بفعل الاثنين، و يتقدم بركنين، الّا انّه أمر واحد، لا يكاد تحققه، الّا من تواطئهما على أمر وحدانى يوقعه أحدهما، و يقبّله الأخر، و يظهر الرّضاء به، و لا يكاد يتحقق بإيقاع كل واحد معنى على حده، بل يتحقق هناک من كل إيقاع، لا منهما، عقد، فلا بد فى تحققه من إيجاب من أحدهما، و إنشاء الرضاء بما أوجبه، و قبوله بما يدل عليه، مطابقه أو التزاما من الأخر، فالتّبعيه الّتى لا بد منها فى القبول، بأىّ صيغه كانت، لو اقتضت التأخر، فليكن القبول مطلقا مؤخّرا، و الّا فلا مقتضى لوجوب تأخره إذا كان مثل لفظ، قبلت، و المطاوعه الّتى تكون مأخوذه فى معناه، ليست الّا تلک التبعيّه الّتى لا بد منها فى كلّ قبول، و هى غير مقتضيه لوجوب تأخّره، الّا انّها لازمه نفس المعنى فى (قبلت)، و لازم كونه فى مقام القبول فى مثل (اشتريت)، و هذا لا يوجب التفاوت بينهما فى ذلک، كما لا يخفى.

و دعوى أن المطاوعه بمعنى أخر، تكون مأخوذه فيه، ممنوعه، مع انّ مطاوعه القبول مطاوعه ايقاعيه، إنشائيّه، تحصل بأىّ شىء كان، بمجرد قصد حصولها باستعمال اللفظ فيها، كما هو الشأن فى جميع المعانى الإنشائيّه، و الّتى لا تكاد تكون إلّا متأخره، هى المطاوعه الحقيقّيه، كالانكسار حيث

لا يكاد يتحقق الا عن كسر، لا المطاوعه الإنشائيّه، بداهه صحه استعمال اللفظ فى المعنى المطاوعى إنشاء، كما يصحّ اخبارا، و ان لم يكن هناك مما يكون هذا مطاوعه عين، و لا اثر واقعا، و لا إنشاء، و ذلك لكون الإنشاء خفيفه المؤنه، يمكن ان يعبّر إنشاء من ایّ معنی، و لو كان محالا، غايه الأمر يقع لغوا لو لم يكن بداعى عقلائى، فانقدح بما حقّقناه، انّه لا مانع عقلا عن تقديم مثل (قبلت). نعم يمكن ان يدّعى انّ تقديمه غير متعارف، و لا بدّ فى تحقق العقد، ان يكون صيغته بالنحو المتعارف، فتأمّل، و لا اعتناء بما نقل من الإجماع فى مثل المسأله، حيث يطمئن بأنّه ما ورد من صاحب الشرع، ما يدل بالخصوص على عدم جواز تقديم مثل (قبلت)، و انّما ذهب اليه، من ذهب لمثل ما افاده (ره)، أو أشرنا إليه، لا أقل من احتمال ذلک فى من لهم الدّخل فى تحصيله، لو لم يكن فى الكل، أو الجلّ، و هو كاف فى حصول الياس عن الكشف بالحدس، و عليك بالتأمل التام فيما افدناک فى المقام.

قوله (ره): (فتلخص مما ذكرنا انّ القبول فى العقود على ثلاثه أقسام- إلخ-).

قد عرفت بما حقّقناه، انّه لا بد فى القبول الذى يتقوم به العقد، و يكون أحد ركنيه من التبعيه مفهوما ركنه الأخر، تقدم فى الخارج أو تأخر، تقدم فى الخارج أو تأخر، و أزيد منها لا يكون فيه بمعتبر، مع انّک قد عرفت، انّه لا يوجب تأخره، و ان كان معتبرا. فتدبّر جيّدا.

[و من جمله شروط العقد الموالاه بين إيجابه و قبوله]

قوله (ره): (و ما ذكره حسن، لو كان الملک- إلخ-).

مع انه يمكن مع اعتبار الموالاه عرفا من صدق العقد أيضا، و دعوى صدقه على ما إذا كان تأخير القبول بتواطؤ منهما، بلا إخلال بشى ء آخر ممّا يعتبر فيه. اللّهم الّا ان يدّعى انصرافه عنه، فتأمل.

[و من جمله الشرائط التى ذكرها جماعه التنجيز فى العقد]

قوله (ره): (و تسلّط الناس على أموالهم- إلخ-).

قد عرفت انه غير كاف فى إثبات أنحاء التّسلّطات، فضلا عن أسبابها. فلا تغفل.

قوله (ره): (و بالجمله فإثبات هذا الشرط فى العقود، مع عموم أدلتها و وقوع كثير منها فى العرف، على وجه التعليق بغير الإجماع- إلخ-).

و تحصيل الإجماع فى مثل هذه المسأله، من الاتفاق لو كان أشكل، لاحتمال تشبّث البعض، لو لا الجلّ، أو الكلّ، بما أشار إليه من الوجوه الاعتباريّه بما فيها من الضعف، و المنقول منه فى مثلها ليس بحجه، و لو قيل بحجّيته فى نفسه، فالعمل بإطلاقات أبواب المعاملات، لا يخلو من قوّه.

[و من جمله شروط العقد التطابق]

قوله (ره): (و من جمله شروط العقد التطابق- إلخ-).

ضروره انّه لو لا التطابق لما قصدا امرا واحدا بل فان لكلّ همّ و قصد، فلا يكون بينهما عقد، نعم لو كانت الخصوصيه التى اختلفا فيها بحسب القصد، غير مهمه لهما، و المهمّ كان الجامع المقصود لهما، لا بأس بعدم التطابق، فلو قصد الموجب البيع من القابل، و قد قصد قبوله لموكله صحّ العقد، فان مهم الموجب ليس الّا تمليك ماله من الأعمّ، من الشخص و موكله، و انّما قصده لأجل أنّه اعتقد انّه قصد الشراء لنفسه، و هذا بخلاف عقد المزاوجه، فإنّه لا بدّ فيه من تعيين الزوج، و انّه له أو لموكّله، فإنّه المهم فيه كالعوضين فى البيع.

[و من جمله الشروط فى العقد أن يقع كل من إيجابه و قبوله فى حال يجوز لكل واحد منهما الإنشاء]

قوله (ره): (لانّ المعتبر فيه عرفا رضاء كل منهما- إلخ-).

لا يخفى انّ الرّضا ممّا يعتبر فى صحه العقد، و تأثيره شرعا و عرفا، لا ممّا يعتبر فى تحقّقه، و انما المعتبر فيه القصد، لطيب كان، أو كره منه. نعم فى تحقّق الإكراه فى مثل العقد ممّا يتقوّم بالقصد، بحث يأتى. و بالجمله لا ينبغى الإشكال فى انعقاده فيما إذا قصد التوسّل الى تحقّق مضمونه، و لو كان عن كره، غايه الأمر، عدم ترتب الأثر عليه ما لم يلحقه الطيّب و الرضاء، فلا يكون صحه بيع المكره إذا لحقه الرضاء على خلاف القاعده، للإجماع.

[فرع لو اختلف المتعاقدان فى شروط الصيغه]

قوله (ره): (و الأولان مبنيان على انّ الأحكام الظاهريه- إلخ-).

هذا إذا قلنا بأنّها، أحكام واقعيّه مطلقا، و لو فى حق من رأى خلافها، و لو قلنا باختصاص ذلك بمن رأى بواقعيتها، كما هو الأظهر، فلا يتفاوت كونها أحكاما واقعيه، أو عذريه فيما هو المهمّ فى المقام، و انّما التفاوت

بينهما فى مقام أخر عند كشف الخلاف، فلا تغفل.

[مسأله فى أحكام المقبوض بالعقد الفاسد]

[أحدها الضمان]

[قاعده ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده]

اشاره

قوله (ره): (و كيف كان، فالمهمّ بيان معنى القاعده- إلخ-).

و حيث انّ هذه القاعده بألفاظها، ليست ممّا دلّت بها آيه، و لا وردت فى روايه، و ما وقعت فى معقد إجماع، لم يكن بيان معناها من المهم بشى ء، ضروره انّه لا بدّ ان يراد منها ما يساعد عليه سائر القواعد، و انّما المهم، بيان ان قضيّتها الضمان فى أىّ الموارد، ساعد عليه ظاهر القاعده، أو لم تساعد، و هكذا الحال فى عكسها.

قوله (ره): (و المراد بالضمان فى الجملتين، هو كون درك المضمون عليه- إلخ-).

لا يخفى، انّ الضمان هو اعتبار خاص، يترتب عليه آثار تكليفا، و وضعا، منها لزوم أداء المضمون الى المضمون له، لو تمكن منه، و أداء بدله من قيمته أو مثله، لو لم يتمكن من أدائه، لتلف و نحوه، و هو بهذا المعنى لا يكاد يكون فى مال نفس الضامن، بل فى مال غيره، فلا يكون فى العقد الصحيح ضمان بمعناه الحقيقى، فلا بد ان يراد فى القضيّه الأولى بالمعنى المجازى، و أقرب المجازات الى المعنى الحقيقى كون تلفه عليه، فإنّه من أظهر آثاره. لا يقال انّه لا يوجب صحّه التجوز، و الّا لجاز أن يقال، ان المالك يضمن أمواله، فإنّه لو سلّم فصحّه التجوّز هيهنا، انّما هو لخصوصيّه المقارنه مع الضمان فى القضيّه الثّانيه، كما فى قوله تعالى «فَمَنِ اعْتَدىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ- الآيه-» (۱) و لمثلها دخل فى صحته، أو حسنه و ملاحته، و لا يصحّ ان يراد بالضّمان فى القضيّه الأولى، ما افاده من درك المضمون، و خسارته فى ماله الأصلى، كيف، و لا يكون ضمان بهذا المعنى فى العقد الصحيح بالنسبه إلى الوارث، مع انّه من موارد القاعده أصلا، و عكسا، حيث لا ضمان عليه فيما انتقل اليه من مورثه، من مال ملكه بالعقد الصحيح، الّا بمعنى كون تلفه عليه، و انّما كان خسارته هكذا على البائع بمجرد العقد، و لو لم يتلف، فافهم.

۱- البقره: ۱۹۴

قوله (ره): (فالمتعيّن بمقتضى هذه القاعده، الضمان فى مسأله البيع- إلخ-).

لا يخفى، ان البيع بلا ثمن، ليس من إفراد القاعده، فإنّه ليس ببيع و ان كان بصيغته، لأنه مبادله مال بمال، لا انّه ليس بصحيحه، بل هو من إفراد عكس القاعده، فهبه صحيحه، ان قلنا بكفايه المجاز و الكنايه، و فاسده ان لم نقل بالكفايه. و كيف كان المتيقن بمقتضى عكسها، عدم الضمان فى المسأله، هذا لو قصد التمليك بلا عوض، و امّا إذا قصد ما هو حقيقه البيع و بلا ثمن، فكما لا بيع، لا هبه، و لا يكون هناك عقد للمناقصه فى القصد.

قوله (ره): (و اما لمطلق السببّيه- إلخ-).

فى كلتا القضيتين حقيقه بناء على ان يكون السبب للضمان فى العقد الفاسد، هو الاقدام، و مجازا فى الثانيه، لأجل المشاكله، و المقاومه مع الاولى، بناء على ان يكون اليد سببا فيه، كما لا يخفى.

قوله (ره): (و لأنهما إنّما أقدما، و تراضيا، و تواطئا بالعقد الفاسد- إلخ-).

يمكن ان يقال، بأنّهما أقدما على أصل الضمان، فى ضمن الاقدام على ضمان خاص، و الشارع انّما لم يمض الضمان الخاص، لا أصله، مع انّ دليل فساد العقد، ليس بدليل على عدم إمضائه، فافهم، لكن لا دليل على كون الاقدام سببا للضمان أصلا.

قوله (ره): (الّا ان مورده، مختصّ بالأعيان، فلا يشمل المنافع- إلخ-).

و مورده و ان كان مختصّا بالأعيان، الّا انّ قضيّه كونها مضمونه، ضمان منافعها، فضمان المنافع فى الإجاره الفاسده، انّما يكون بتبع ضمان العين المستأجره. و بالجمله قضيّه ضمان اليد، ضمان المنافع فيما كانت العين مضمونه بها، فاختصاص مورده بالأعيان، لا- يوجب اختصاص الضمان بها، نعم الحرّ، حيث لم يكن نفسه مضمونه باليد، لم يكن اعماله مضمونه فى الإجاره الفاسده بها، فافهم.

قوله (ره): (الّا ان يستدلّ على الضّمان فيها، بما دلّ على احترام مال المسلم- إلخ-).

لكنه لا يخلو عن الاشكال، لدعوى انصراف مال المسلم عن

إعماله، أولا، و عدم قضيه الاحترام الّا حرمه التصرف فيها بدون الاذن لا الضمان، ثانيا، و لا أقل من عدم قضيه الضمان إلّا إذا كان الغير سببا لا تلافها، ثالثا. ضروره انّه ليس فى عدم الضمان شى ء من المنافاه، للاحترام فيما إذا كان المالك باختياره متلفا لها، كما فى المقام، حيث ان العاقد يعمل وفاء بالعقد اختيارا، بل و ربّما كان على خلاف ميل الأخر و رضاه، حيث لحقه الندم، و كون العقد فعل الاثنين، لا يقتضى عدم استقلال كل منهما فى وفائه، و العمل على وفقه.

و من هنا انقدح الإشكال فى الاستدلال بقاعده الضرر أيضا، إذا كان عمله وفاء باختياره، كما هو محل الكلام.

فتلخص انّه، لا مدرک للقاعده، للإجازه الفاسده المتعلّقه بعمل الحرّ، و فى المسابقه الفاسده مطلقا، فيمكن ان يكون القاعده، بعد انه لا مدرک لها على حده، بل مصطاده من الموارد التى حكم فيها بالضمان بأحد أسبابه غالبيّه، لا كليّه، كما هو الشأن فى سائر القواعد الّتى كان لها مدرک على حده، حيث انّه ما من واحده منها، الّا و قد خرج منها بعض الموارد.

قوله (ره): (و مورد العقد فى الإجاره، المنفعه- إلخ-).

كما هو المتوهم من تعريفها بتمليک المنفعه، و لكن التّحقيق، انّ مورده فيها، نفس العين، و لذا يقال «آجرت الدار، و استأجرتها» و انّ الإجاره عباره عن، إضافه خاصه بين العين المؤجره و المستأجر، و من آثارها تملّک منفعتها. و التعريف بالتمليک، تعريف بالرّسم، مع انّه لو سلّم انّه بالحدّ، كان مورد عقدها أيضا، نفس العين، فإنّها تمليک المنفعه، و لا يكاد يكون مورده، و متعلّقه، الّا العين، فافهم.

قوله (ره): (عموم ما دلّ على ان من استأمنه- إلخ-).

فإنّ بطلان استئمان المالک، بما هو وديعه، أو عاريه، أو غيرهما، و عدم ترتيب الآثار الخاصه لهذه العقود عليها، لا يوجب خروجه عن الاستيمان المانع من الضمان.

[فى عكس هذه القاعده]

قوله (ره): (اما فى الهبه (۱)، فيمكن الاستدلال- إلخ-).

قضيّه الفتوى، ليست الّا عـدم الضـمان فيما إذا لم يكن هناك إفراط و تفريط، لا و لو كان كما هو المهمّ فى الهبه الفاسده، كى يكون كصـحيحها، كمـا لاـ يخفى، هـذا، مع انّ منع الفحوى، بمكان من الإمكان، إذ لعلّ ملاك عـدم الضـمان مع الاستيمان، ما نجده بالوجدان من الملائمه التّامه بينهما فى الجمله، و لا يكاد يدركها بينه و بين الهبه الفاسده، فضلا عن ان يكون بالأولى.

[الثانى من الأمور المتفرعه على المقبوض بالعقد الفاسد وجوب رده فورا]

قوله (ره): (الّا ان يقيّد بغيرها، بأدله نفى الضّرر- إلخ-).

إنّما يقيّـد بها، فيما إذا كانت المئونه الكثيره، زائـده على ما يتوقّف عليه الرّد بحسب المتعارف و الّا كان دليله مقيّـدا لها، و ذلك لما حقّق فى محلّه، من ان أدلّه نفى الضـرر كما يقيّـد بها أدلّه الأحكام، كذلك يقيّد بها فيما لا بدّ منه، و يقتضـيه طبعها بحسـب المتعارف.

قوله (ره): (و لو نوقش فى كون الإمساك تصرّفا، كفى عموم- إلخ-).

لاـ يخفى، ان المناقشه فى عموم مثل «لا يحل» لغير التصـرفات أوضـح، مع انّه لو سـلّم دلالته على حرمه الإمساك، فلا دلاله على وجوب الردّ تعيّنا أصـلا، و لو على القول بمقـدميّه الضّـد، فان الردّ، و الإمساك، و ان كانا ضدّين، الّا انّه لهما ثالث، و هو التّخليه بينه و بين مالكه، فلا يجب عليه على هذا القول، إلّا أحدهما، لا خصوص الردّ، فافهم.

قوله (ره): (و اما توهم انّ هذا باذنه- إلخ-).

يمكن ان يقال: انّه إذا علم الـدّافع بالفساد، لا يكون دفعه و قبض الغير الّا برضاه، و كون الـدفع وفاء بالعقد، لا ينافى كونه برضاه فى الصوره المذكوره. نعم لا يكون التصرف فيه، بمجرد العقد أو بعد الدّفع، و الجهل بالفساد برضاء المالك. فافهم.

۱- و فى المصدر: اما فى الهبه الفاسده فيمكن الاستدلال.

[الثالث فی ضمان المنافع المستوفاه]

قوله (ره): (و یدلّ علیه عموم قوله: لا یحلّ (۱)- إلخ-).

قـد تقـدم الإشـکال فی الاسـتدلال بعمومه علی الضـمان، و انّ الدّلیل علی ضـمان المنافع، هو الدّلیل علی ضـمان الأعیان، لکون ضمانهما من آثار ضمانها و لوازمه، و لا یتفاوت فی ذلک بین کونها مستوفاه أو غیر مستوفاه، کما لا یخفی، و الظاهر انّ هذا هو الوجه فی ضـمانها مطلقا فی باب الغصب، قولا واحـدا، و لا أظن اختصاص ذلک الباب بوجه غیر جار فی الباب، الّا ان یکون هو إجماع الأصحاب، لکنه لا یظن ان یکون مدرکهم أیضا، إلّا ما ذکرنا.

فافهم.

ثم انّ مثله فی الاشکال، فی الاستدلال به علی الضمان، الاستدلال بما دل علی احترام مال المسلم، کما تقدّم، و انقدح بما ذکرنا انه لا موجب للضـمان فی المنافع الّا الید، بالتقریب الذی ذکرنا، لا ما ذکره، من غیر فرق بین المستوفی منها و غیر المستوفی. نعم لو سـلم دلاله عدم حلّ مال الغیر، و احترام مال المسـلم، علی الضـمان، لاختّص بالمستوفی، فان غیره ما تصرّف فیه و ما انتفع به، کی لا یحلّ بلا عوض، أو ینافیه الاحترام.

قوله (ره): (محتجّا بان الخراج بالضمان (۲)- إلخ-).

لاـ یخفی ضـعف الخبر سـندا، و دلاـله، بإرساله و إجماله، لاحتمال ان یکون المراد به، هو ان خراج الأرض کمّا و کیفا علی من ضمنها، انما هو بحسب ضمانها، أو معنی أخر، حیث لم یعلم انّه فی أیّ مورد ورد. فتدبّر.

[الرابع فی بیان ضمان المثلی]

قوله (ره): (و قد اختلف کلمات أصحابنا فی توقف- إلخ-).

و حیث انّ هذا اللفظ لم یرد فی أیه أو روایه، لبیان حکم ضمانه بالمثل، بل غایته، وقوعه فی معقد الإجماع، لا یجدی فی الحکم به تعیین واحـد من المعـانی التی اختلفوا فیهـا، بـل لا بـدّ فیه ممّا اتّفقوا علیه من المعنی، و الرّجوع فیما اختلفوا فیه الی ما یقتضـیه القواعد، و الخلاف فی معناه، مع وقوعه فی معقد

۱- وسائل الشیعه: ۳- ۴۲۴- ب ۳- ح ۱.
۲- التاج الجامع للأصول- ۲- ۲۰۴.

الإجماع، انّما لا- يمنع عن تعيينه بقواعده، إذا كان بماله من المعنى مجمعا عليه، كى لا ينافى خلافهم فى ذاک، إجماعهم عليه بما له من المعنى، لا- إذا كان بمعنى مجمعا عليه، فينافى الخلاف، الإجماع، إلّا فيما اتّفقت عليه المعانى المختلفه فيها، كما لا يخفى، و لم يعلم بعد انعقاده على النحو الأوّل، فافهم.

ثمّ الظاهر، انّ الاختلاف فى تعريفه، ليس لأجل الخلاف فى حقيقته و ماهيته، ضروره انّ مثل هذه التعريفات، ليس بحدّ، بل و لا رسم، بل من باب شرح الاسم، كما هو الشأن فى التفسيرات اللغويه، و لعلّه أشار الكلّ الى المعنى الواحد، و المفهوم الفارد من وجه التفت اليه من طرفه، فلا- مجال للنقص و الإبرام فيها طردا و عكسا، و ليس اختلافهم فى مثليّه بعض الأشياء و قيمته، كاشفا عن اختلافهم فى المعنى، و سعه دائرته و ضيقها، لاحتمال ان يكون الاختلاف، للاختلاف فى التضييق و صدق ذاک المعنى عليه، و عدم صدقه. فافهم.

و كيف كان فتعريف المشهور بأنّه ممّا يتساوى اجزائه بحسب القيمه، لا- يعمّ كثيرا من المثليات، مثل المسكوكات، و سائر المصنوعات المشتبهات، كالسّاعات، و الظروف، و الآلات الفرنجيه، حيث انّ كل واحد منهما يكون مثليّا، و ليس ممّا يتساوى، اجزائه بحسب القيمه، فالأولى تعريفه بما كثر افراده التى لا تفاوت فيها بحسب الصفات المختلفه، بحسب الرّغبات.

قوله (ره): (و لا يبعد ان يقال: ان الأصل هو تخيير الضامن- إلخ-).

لا- يخفى، انّه لو كان الضمان، بالقيمه فى القيميات مجرد إرفاق، بحيث لو تمكن من مثل العين التالفه، و ما يشابهها بحسب الصفات فيها، كان له دفعه، و لا يتعيّن عليه قيمته، كان الأمر من باب الدوران بين التّخيير و التّعيين، و الأصل عدم الخروج عن العهده إلّا بالمعيّن للشک فى الخروج بدونه، فلا وجه للتخيير، و لو كان الضمان بها فيها على نحو التّعيين، كان الأمر من باب الدوران بين المتباينين، و يتعيّن فيه الاحتياط لا التّخيير، الّا ان الاحتياط حيث يحصل هنا بمجرّد تسليمهما، ليختار المضمون له، اى

واحد شاء يكفى تسليمهما لذلك، لا دفع كليهما، كما انّ الاحتياط له ان لا يختار واحدا منهما، الّا برضاء الضامن، فالاحتياط لهما ان يختار أحدهما بتراضيهما.

قوله (ره): (و يمكن ان يقال: ان القاعده المستفاده- إلخ-).

انما يمكن إذا لم يكن المتعارف فى القيميات، ضمانها بالقيمه، و لو مع التمكن من المثل، بل كان المتعارف، هو الضمان مطلقا، بالأقرب إلى التالف فالأقرب، و لا إشكال فى انّ المثل مطلقا أقرب، و الّا فقضيّه الإطلاقات، ليس الّا الرّجوع فيما علم انّه مثلى إلى المثل، و فيما علم انه قيميّ إلى القيمه، و امّا ما لم يعلم انّه من أيّهما، فهى ساكته عن بيان حكمها، فلا بد فيه من الرجوع الى ما يقتضيه الأصل، و قد عرفت. لكن الظاهر انّ المرتكز فى الأذهان فى باب الضمان، بعد تعذّر ردّ نفس العين، هو دفع المثل مع الإمكان، و هو ظاهر الآيه (۱)، حيث دلّت على اعتبار المماثله فى الاعتداء الملازمه للاحتياط فى المتعدى به، هذا، و لو سلّم انّه لبيان اعتبارها فى الاعتداء، كما فى المناقشه فيها، مع انّه ممّا يساعده الاعتبار، و التضمين بالقيمه فى بعض الاخبار، كما يأتى، انّما يكون فى مورد يتعذّر فيه المثل عاده.

[الخامس لو لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمن المثل]

قوله (ره): (و لكن الأقوى مع ذلك، وجوب الشراء- إلخ-).

و ذلك لان ضرر الضامن فى الشراء بأزيد من ثمنه، يزاحم بضرر المالك فى منعه عما يستحقّه من المثل، فيبقى ما دلّ على الضّمان بالمثل بلا مزاحم، و عدم العلم باستحقاقه للمثل شرعا، لا ينافى استحقاقه له عرفا، و اعتبارا، و هو كاف فى صدق الضرر حقيقه. فافهم.

[السادس لو تعذّر المثل فى المثلى]

[فرع لو دفع القيمه فى المثل المتعذّر مثله، ثم تمكّن]

قوله (ره): (لو دفع القيمه فى المثل المتعذّر مثله، ثم تمكّن- إلخ-).

لا إشكال فى عدم عود المثل، فيما إذا كان دفع القيمه بتراضى منهما عوضا عما هو عليه، و انما الإشكال فيما إذا كان دفعها استحقاقا لها فعلا، و منشئه احتمال كونه وفاء حقيقه فى هذه الصوره، أو كونه من قبيل بدل الحيلوله، و من هنا انقدح الفساد و اخلل فيما علّل به (ره) عدم العود، بان المثل كان دينا فى الذّمه، سقط بأداء عوضه مع التراضى، و انّه فى غير المحل، ثم انه حيث لم يعلم ان أداء القيمه من باب الوفاء، أو بدل الحيلوله، و استصحاب بقاء المثل فى الذّمه يعارض باستصحاب بقاء القيمه المدفوعه على ملك المدفوع اليه، و عدم عودها الى ملك الدافع. و كيف كان لم يثبت للمالك بعد أخذ القيمه حق مطالبه الضامن بالمثل بعد تمكنه منه، و المرجع أصاله البراءه عن وجوب دفع المثل، لو طولب به. فتدبر جيّدا.

قوله (ره): (احتمل وجوب المثل عند وجوده، لأن القيمه بدل الحيلوله).

لا يخفى: ان القيمه بناء على انقلاب المثل بالقيمه، و سقوطه عن الذّمه يكون وفاء حقيقه، لا بدل الحيلوله، و احتمال عدم كونها وفاء، انما هو على القول بعدم الانقلاب، كما عرفت فلا تغفل.

اشاره

قوله (ره): (لو تعذّر المثل فى المثلى، فمقتضى القاعده- إلخ-).

ربّما يشكل بأنّ القاعده يقتضى الصبر الى ان يتمكّن منه حيث تعذّر، فلا يكون لذلك ظلما، و لا دليل على الانتقال الى البدل، بمجرد التعذّر فى الحال، و لا اعتداء منه ثانيا يوجب جواز الاعتداء عليه بالإلزام بالقيمه

١- البقره: ١٩۴

بعد الاعتداء علیه بمثل ما اعتدی بإلزامه، و الحکم باشتغال ذمّته بالمثل أوّلا، فإلزامه معه بها اعتداء علیه بغیر اعتداء منه، فلا دلاله للایه علی جواز إلزامه بها. فافهم.

و لا یخفی انّ الاشکال، انّما یکون لو قیل باشتغال الذّمه بالمثل، و تبدّل عهده العین المضمونه بالذّمه، کما هو ظاهر المشهور. و امّا لو قیل ببقاء العهده علی حالها، کما هو قضیه ظاهر الأدله، فلا إشکال، فإن أثر العهده یختلف بحسب الأحوال، ففی صوره بقاء العین، هو وجوب أداء نفس العین مع التّمکن منه و مع عدمه بدل الحیلوله إلی أوان التمکن منه و فی صوره عدم البقاء، هو وجوب أداء البدل من المثل فی المثلی، فیما إذا تمکّن منه، و القیمه فیما إذا تعذر فیه، و فی القیمیّ. هذا، مع انّه یمکن ان یقال: ان الانتقال إلی القیمه فی صوره تعذّر المثل، کالانتقال الی بدل الحیلوله عند تعذّر ردّ العین فی الحال، و انّه مما هو متعارف فی التّضمینات العرفیه، فیکون متّبعا فی الشّرعیه منها، لعدم ورود نحو خاص من الشارع فی باب التضمین، کما لا یخفی.

قوله (ره): (لأن المثلی ثابت فی الذمه- إلخ-).

هذا علی المشهور من اشتغال الذّمه بالمثل، و امّا علی ما هو ظاهر الأدله، فلانّ العین باقیه علی العهده إلی ذاک الزمان، فیکون العبره بقیمه یوم الدفع، لأنها قیمه العین لا المثل. فافهم.

قوله (ره): (و عن جامع المقاصد الرجوع فیه الی العرف- إلخ-).

الظاهر انّ مراده الرجوع الی العرف فی تعیین ما یتحقق به الإعواز الموجب للانتقال إلی القیمه، و هو کذلک، لما مرّت الإشاره إلیه، من ان المدار فی باب کیفیّه التّضمین شرعا، هو العرف، لا الرجوع من تعیین مفهوم الإعواز، کی یتوقّف تعیینه علی ما إذا انعقد الإجماع علی ثبوت القیمه عند الإعواز، فافهم. و لعلّ المحکی عن التذکره، کان فی بیان ما یتحقق به ذلک، ای ما یوجب الانتقال إلی القیمه عرفا، و الّا کان بلا دلیل. فتدبّر جیّدا.

قوله (ره): (ثم انّ معرفه قیمه المثل (۱) مع فرض عدمه إشکال- إلخ-).

لا- بد من تعیین ما هو المرجع فی صوره الشک فی التعیین، و انّه أصاله البراءه عن الأ- کثر، أو أصاله الاشتغال، فربّما یقال: انّ قضیّه بقاء العین المضمونه فی العهده مع التلف، و عدم تبدّل الذّمه بالاشتغال، علی ما قوّیناه، هو لزوم الخروج عن العهده بالأکثر، استصحابا لها مع الشک فیه، لو اقتصر علی الأقل، أو قیل ببقاء المثل فی الذمه مع التعذّر، بناء علی التبدل، لکنه کان دفع المثل أو القیمه، خروجا عن العهده کأداء نفس العین، و امّا لو کانت عهدتا باقیه مع الدفع، و کان لزومه من أحکامها و آثارها، لا أفعالها، کما من بدل الحیلوله، أو قیل بعدم البقاء، و التّبدل بالذّمه، و عدم بقاء المثل فیها عند التعذّر، و الانتقال إلی القیمه، کان الأصل، البراءه عن الأکثر، حیث لم یعلم الّا وجوب الأقل.

قوله (ره): (فهل له المطالبه بأعلی القیمتین، أم یتعیّن قیمه بلد المطالبه؟

- إلخ-).

لا یبعد تعیّن قیمه بلد المطالبه، فإنّه محلّ الخروج عمّا علیه، و الوفاء بما فی ذمّته، بناء علی المشهور، من بقاء اشتغال ذمّته بالمثل مع تعذّره، و عدم تبدّل الاشتغال به، بالاشتغال بالقیمه، و کذا علی ما قرّبناه من بقاء العین علی العهده، فإنّه محل العمل بما هو قضیّه کون العین، مضمونه، و فی العهده، و لو منع عن انّه لم یعلم استقرار سیره العقل، علی ذلک، فلا بدّ من الرجوع الی ما یقتضیه الأصل، و قد مرّ تحقیقه.

[بقی الکلام فی انّه هل یعد من تعذّر المثل خروجه عن القیمه]

قوله (ره): (بقی الکلام فی انّه هل یعد من تعذّر المثل، خروجه عن القیمه؟

- إلخ-).

و لنقدّم الکلام فی بیان حکم ما إذا خرج نفس العین المضمونه عن المالیه، ثم نتبعه ببیان ما إذا خرج المثل.

فاعلم انّه لا ریب فی دفع نفس الی مالکها علی الملکیّه و عدم

۱- و فی المصدر: ثم ان فی معرفه قیمه المثل.

الخروج بذلک عنها مع انّه لو سلّم بالخروج، فلا أقلّ من ان یکون له حق اختصاص بها کما لا یخفی. و امّا دفع القیمه مع ذلک لو أوجب، لو قلنا بکون وجوب الدّفع من آثار العهده و أحکامها عند العقلاء، حتی یقتضیه إطلاق دلیل ضمان العین، و الّا فلا دلیل علیه أصلا، لعدم شمول من أتلف لما إذا تلف المالیه، فضلا عمّا إذا تلف، و الخروج عن عهده العین و ضمانها النّاشی عن الید، یکون بدفعها، و المفروض عدم کون دفع القیمه من آثار العهده.

و ضرر صاحب العین، معارض بضرر ذی الید، فلا وجه لتقدیم ضرره علی ضرره، مع ان الضرر ابتداء متوجه علیه بلا أقدام من الأخر، حیث انّه ما أقدم، الّا علی ان یکون العین تحت یده، و وجوب دفع المثل، أو القیمه عند تلف العین أو الإتلاف، انّما هو لأجل قاعده الید، أو الإتلاف، لا أقدام علی ضرر دفع البدل. هذا کله فی العین.

امّا المثل، فبناء علی بقاء العین مع التلف علی العهده، کما قوّیناه، لا یعبد ان یکون من آثارها حینئذ، دفع القیمه، کما کان فی صوره تعذّر المثل، فإنّه حینئذ لا یکون قابلًا لان یعوض به عن المالیات، و بناء علی تبدّل العهده بالاشتغال، کما هو ظاهر المشهور فی وجوب دفع المثل، فإنّه الوفاء بما فی ذمّته حقیقه، أو وجوب دفع القیّمه، فإنّ المثل فی نظر العقلاء بذلک، خرج عمّا یوفی به الدّین، و جهان: أظهرهما الأول، و مع الشّک، فالمرجع هو الأصل، و قضیّته وجوب دفع القیمه، بناء علی بقاء العهده، استصحابا لها ما لم یدفعها، و کذلک بناء علی اشتغال الذّمه بالمثل، لو کان دفع القیمه أیضا من باب الوفاء بما فیها، لا لأجل انتقال اشتغال الذّمه بها، لاستصحاب بقائه فیها ما لم یدفعها للقطع بکون القیمه حینئذ، مما یوفی به، بخلاف المثل، کما لا یخفی. و عدم وجوب دفعها، بناء علی ان منشأ الشّک فیه، و الشک فی انتقال الاشتغال بالتعذّر الی الاشتغال بالقیمه، استصحابا للاشتغال به و عدم الاشتغال بها، ثم ان قضیّه الأصل فیما إذا شک فی انّ ایّ قیمه وجب دفعها مع اختلافها، هو وجوب دفع أعلی القیم، بناء علی انّه الوفاء للأصل و قاعده الاشتغال، و أقلّها بناء علی بقاء العهده و انّه من آثارها، أو الانتقال

الی الاشتغال بها، لأصاله البراءه عن الزائد، و استصحاب عدم الاشتغال به، و قد مرّت الإشاره إلیه. فلا تغفل.

[السابع لو کان التالف المبیع فاسدا قیمیا]

اشاره

قوله (ره): (فیکون الفصل بین التّیسیر و عدمه، قولا ثالثا- إلخ-).

لا بأس بالمصیر الیه، حیث لم یظهر اتفاق و إجماع علی عدمه، لاحتمال کونه من باب الاتفاق.

قوله (ره): (ثم (۱) اختلفوا فی تعیین القیمه- إلخ-).

الظاهر تعیّن قیمه یوم التلف، لو قیل باشتغال الذّمه بالقیمه، و تبدّل العهده به، کما هو المشهور، و یوم الدفع، لو قیل ببقاء العین علی العهده، کما قوّیناه، لانّ الاشتغال انّما یکون بما هو قیمته بقول مطلق، و ما

۱- و فی المصدر: ثم انهم اختلفوا فی تعیین القیمه.

هو إلّا قيمه يوم التلف، كما انّ قضيّه العهده، دفع ما هو قيمته كذلك، و ليست إلّا قيمه يوم الدفع، فافهم.

[تحقيق حول صحيحه أبى ولّاد]

قوله (ره): (اما بإضافه القيمه المضافه إلى البغل ثانيا- إلخ-).

فيه إشكال، فإنّ إضافه المضاف بما هو مضاف ثانيا، يستلزم ان يكون الإضافه، بما هى إضافه و ملحوظه باللحاظ الالى طرفا لها، و ملحوظه على الاستقلال، فإنها من مقوماته فى الإضافه الثانيه، و لو كان المراد إضافته ثانيا، لا بما هو كذلك، اى مضاف يلزم ان يكون حين التلفظ به طرفا لهذا على حده، و لذاك كذلك، و هذا يستلزم ان ينظر اليه ذاك الحين بالنظرين المتباينين، ضروره تنافى النظر اليه بما هو مضاف لأحدهما، للنظر اليه بما هو مضاف للآخر، كما لا يخفى على من تدبّر، مع انّه غير مفيد، فإنّه لا يوجب اختصاص قيمه البغل بيوم المخالفه. و قد انقدح بذلك حال اضافه مجموع المضاف المضاف إليه، فإنّه لا بد فيها من ملاحظه الإضافه الأولى ثانيا على حده، لكونها من مقومات المضاف فى الثانيه. اللهم الّا ان لا يكون اللحاظ الثانى الاستقلالى، حين اللحاظ الالى، و هو حال التلفظ بالمضاف و المضاف إليه فى الإضافه الاولى، بل بعده، بان يكون اضافه المجموع، أو اضافه المضاف بحسب المعنى. فافهم فإنه دقيق.

نعم لو كان المراد إضافه القيمه المضافه إلى البغل المضاف الى اليوم، فهو و ان كان ممّا لا إشكال فى صحّتها، الّا انّه لا يجدى فيما هو المهمّ، فإنّ إضافه البغل الى يوم المخالفه، لا يقتضى اختصاص القيمه بيومها، كما لا يخفى. هذا، مع انّ الموجود فى بعض نسخ الكافى و الاستبصار، البغل مع اللّام.

قوله (ره): (بل غير ممكن، لأنّ السائل إنّما سأل- إلخ-).

بل إنما سأل عن اللزوم أو الملازمه بينه، و بين العطب، و ليس فى كلامه ما يشهد بكون سؤاله عما يلزمه، ضروره ظهور قوله «أ ليس له عطب أو نفق- إلخ-» فى السؤال عن الملازمه أو اللزوم، لا عما يلزم، كما هو واضح، و عليه كونه قيد النعم، بمكان من الإمكان، فيكون لبيان انّ زمان

الملازمه التی هی مبنی الضـمان، یوم المخالفه، دفعا لتوهم کون زمانه، یوم الاکتراء، أو لبیان اللزوم، یوم المخالفه، نحو الوجوب المتعلق علی المتـأخّر، دفعـا لتوهم کون زمـانه یوم الاـکتراء، أو یوم العطب، و وجه السؤال علیهمـا، ما اختلـج بباله من فتوی أبی حنیفه، من الملازمه بین لزوم اجره المثل، و عدم ضمان العین، فافهم.

فظهر انّ الیوم کما یمکن ان یکون قیدا للقیمه، یمکن ان یکون قیدا لنعم، بل هذا أظهر، لأنّ جعله قیدا للقیمه امّا بإضافتها الیه، و لا بـدّ فیه من التحمل، کما أشـرنا إلیه فی الحاشـیه السابقه، و امّا بجعله قیـدا للاختصاص الحاصل لها من الإضافه، و لا بد فیه من التقـدیر، لان الاختصاص بما هو غیر قابل لأن یکون متعلقا، و التقدیر علی خلاف الأصل، لکن ربّما یستشـهد لکونه قیدا للقیمه، قوله علیه السلام «أو یأتی صاحب البغل بشهود- إلخ-» (۱)، فإنّ الظرف فی هذه الفقره، یکون قیدا للقیمه لا محاله، و قد استظهر اتحاده مع یوم المخالفه، فهی دالّه علی ان الضّـمان انّما یکون لقیمه یوم التّلف، و کیف کان، فلو سلّم انّ الرّوایه ظاهره فی کون العبره بقیمه یوم الضـمان، لاختّص بالعین المغصوبه، ففی اجزاء هـذا الحکم الی محلّ البحث، لا بدّ من إجماع علی عدم الفصـل بین المغصوب و غیره من الأعیان المضمونه، أو استظهار عدم دخل الغصبیّه فی ذلک، بل هو حکم مجرد الضمان. فتأمل.

قوله (ره): (إذ لا عبره فی أرش العیب بیوم الردّ- إلخ-).

لاـ یخفی، انّ یوم ردّ البغل و ان کان ممّا لا عبره به أصـلا، الّا انّ یوم ردّ الأرش به العبره، و یکون علی وفق القاعـده، و لا بـد ان یراد منه هـذا الیوم، و انّمـا عبّر به لاتّحادهمـا غالبـا، و کون المتعارف ردّ الأرش، یوم ردّ العین، و لا محیص عن ذلک، و لو قیل بتعلّق الظرف بعلیک، فان یوم العین کما لیس به العبره فی الأرش، لا عبره به فی حـدوث الضـمان، و هو واضـح، و لا فی فعلیّته، فان زمانها یوم ردّ الأرش، لا یوم ردّها، مع انّ تعلّقه بعلیک، یستلزم ان

۱- وسائل الشیعه: ۱۳- ۲۵۵- ب ۱۷- ح ۱.

لا يكون، عليك، بيانا للحكم الشرعى، و هو بعيد فى كلام الامام (ع)، خصوصا فى المقام، فلا بد من جعل الظرف، قيدا لليوم، و بذاك الإجماع يستكشف بطريق الإن انّ العبره فى قيمه أصل العين بيوم ردّ القيمه. فافهم.

قوله (ره): (و حمل الحلف هيهنا على الحلف المتعارف- إلخ-).

ربّما يأتى عنه، انّه الحلف الفاصل للخصومه فى مقام الحكومه، و ليس هو الّا الحلف عند الحاكم، و يمكن ان يقال: انّ الامام (ع) انّما يكون بصدد الإشاره الى ما لا يقع معه الخصومه، لا فى مقام بيان موازين الحكومه لدى التّشاجر و المخاصمه، حيث انّ الإنسان يحصل له الاطمئنان بحلف خصمه غالبا، لو لم يكن دائما، و كان مراده من الحلف أو الرّد، الحلف فى صوره اطمينانه بمقدار القيمه دون صاحبه، و الردّ فى صوره العكس، فيحصل للجاهل منهما الاطمئنان بحلف الأخر. فتدبّر. و لا يخفى بعد ما افاده من التّوجيه عن ظاهر الرّوايه. فتأمل.

قوله (ره): (فان تسلّط النّاس على أموالهم الذى فرض كونه فى عهدته- إلخ-).

لا- يخفى، انّ السلطنه على المال، لا يقتضى جواز المطالبه بالبدل عند تعذّر ردّ عينه، نعم لا يبعد ان يكون جوازها، من آثار الضمان و العهده، فيكون قضيّته وجوب ردّ العين مع التمكن، و جواز المطالبه ببدل الحيلوله مع التعذر فى زمان، و بالبدل مع التعذّر مطلقا، كيف، و لو كان جواز المطالبه من أحكام السلطنه، لكانت جائزه فيما إذا كان التعذّر فى زمان يسير جدّا.

قوله (ره): (و لو لا ظهور الإجماع و أدله الغرامه فى الملكيه- إلخ-).

لا يخفى، انّ الإباحه المطلقه، من أول الأمر، حتّى بالنسبه إلى التّصرفات المتوقّفه على الملك، لا يكاد يكون إلّا إذا كان موردها ملكا للمباح له، و لا يفيد التّمليك آنا ما قبل التّصرف، فإنّه مسلتزم للتّقييد، فلا يكون اباحه جميع التصرفات مطلقه، بل مقيّده بالنسبه إلى الموقوف، منها على التصرف لتعذّر التّملك قبله آنا ما فيباح، ففهم. الّا ان يكون الإباحه بالنسبه إلى الموقوف، بمعنى انّ له هذا التصرف لتمكّنه من ان ينسب إلى

إباحته بإيجاده، و ان لم يتّصف بالمباحيّه بدونه.

قوله (ره): (و على ایّ حال لا ینتقل الی الضامن (۱)، فهی غرامه- إلخ-).

لا- عوض کی یلزم الجمع بین العوض و المعوض، و انّما یلزم الضامن بغرامه العین بلا- عوض، لأجل ما فات علی المالک من نفس العین المضمونه، أو سلطنتها، أو قیمتها، أو مالیتها، أو غیر ذلک، فالغرامه و ان کانت لنفس العین فی جمیع صور لزوم الغرامه، الّا انّه لیس بعوض العین، لیلزم الجمع بینهما، و لا- بإزاء ما فات منها، من سلطنه، أو قیمه، أو مالیه، کما یظهر منه (ره)، حیث جعلها بإزاء السلطنه الفاسده، و بإزاء الأوصاف، أو الأجزاء التی خرجت العین بفواتها عن التقویم، و الّا لوجب علیه تدارکها، لو لم یدفع الغرامه إلی زمان التمکن من العین، أو رجوعها إلی القیمه أو المالیه، نعم انما یکون لزوم غرامه نفس العین، بملاحظتها، و هذا غیر کونها عوضا لها، کما لا یخفی.

قوله (ره): (لم یبعد انکشاف ذلک من انتقال العین الی الغارم- إلخ-).

لا- وجه لهذا الانکشاف أصلا، لوضوح ان دفع تمام القیمه، انما یکون من باب الغرامه، و قد عرفت عدم اقتضائها الانتقال، و خصوصیتها تعبدا غیر موجبه لخروجها عمّا هو قضیّه بابها، کما لا یخفی.

قوله (ره): (و من ان الموضوع فی المستصحب ملک المالک- إلخ-).

لا- یخفی، ان الموضوع بمقتضی الید، هو نفس العین، لا- ببعض عناوینها، و هی حقیقه باقیه، فلا إشکال فی صحه استصحاب وجوب أدائها أصلا، مع ان استصحاب حق الاختصاص الذی حصل للمالک قبل دفع القیمه، و بعد الانقلاب بلا ارتیاب، فان البحث فی ارتفاعها بدفعها، لا فی حدوثه بسببه. فتأمل.

قوله (ره): (ثم انّ مقتضی صدق الغرامه خروج الغارم عن عهده العین- إلخ-).

بل خروجه عما هو قضیّه عهدتها و ضمانها، و ان کانت نفس العهده

۱- و فی المصدر: و علی ای حال فلا ینتقل العین الی الضامن.

باقیه، و لا مخرج عنها إلّا أداء نفس العین، کما هو قضیّه علی الید، کما لا یخفی، فبغرامه العین یخرج عمّا هو مقتضی الضمان بالنسبه إلی العین، و النماءات المتجدده بعد الغرامه، و کذا المنافع مطلقا، أو خصوص المستوفاه منها، علی الخلاف فیها، و اما الحادثه قبلها، فلا بدّ من ان یخرج عن عهدتها علی حده. هذا فی صوره التّعذر فی الجمله، و اما التعذّر المطلق، فلا یبعد ان لا یکون لما تجدد من النماء و المنفعه بعد التعذر، ضمان علی حده، فان العین حینئذ یعامل معها معامله التّالف. فتدبر جیّدا.

قوله (ره): (ثم انّه لا إشکال فی انّه إذا ارتفع تعذر ردّ العین و صار متمکنا، وجب ردها- إلخ-).

فإنه أیضا مما یقتضیه ضمان العین، حیث انه لا یخرج عن عهده نفس العین و ضمانها الّا بالرّد، کما هو قضیّه علی الید المغیی بالأداء، کما لا یخفی. ثم الظاهر ان الغرامه المدفوعه، لا یعود الی ملک الغارم بمجرد حدوث تمکنه من ردّ نفس العین ما لم یردها، حیث ان العرف الحاکم فی باب کیفیّه الغرامات انّما یکون بنائهم علی العود بالرّد، لا بالتمکن، و علیه فلیس للغارم مطالبه ما دفعه الا بعد الرّد، کما انّه لیس له حبسها مطلقا، و ان قلنا بالعود بالتمکن، کما انّه لیس للمالک حبس الغرامه، بل یجب علی کلّ، ردّ ما عنده، و لیس من باب المعاوضه، حتی جاز لکل منهما الامتناع عن التسلیم قبل تسلیم الأخر، اللهم الّا ان یدّعی انّه مقتضی باب الغرامه أیضا، لکنه لم یثبت، فتدبر.

[الکلام فی شروط المتعاقدین]

[مسأله المشهور بطلان عقد الصبی]

قوله (ره): (المشهور کما عن الدروس (۱) و الکفایه (۲)، بطلان عقد الصبی- إلخ-).

و مجمل الکلام فی صحه معامله الغلام قبل البلوغ بالسن، أو

۱- الدروس- ۳۳۵.

۲- کفایه الأحکام- ۸۹.

الاحتلام، و عدم صحتها، انّه لا شبهه فی عدم نفوذ المعامله التی استقلّ بها، و لو فیما إذا و کلّه المالک فیها، أو أوکل الولی إلیه أمرها، للإجماع المنقول فی لسان جمع من الأصحاب الاخبار، و غیر واحد من الاخبار. و امّا إذا و کلّ فی مجرد إجراء الصیغه، أو أوکل إلیه أمره بعد المساومه و المقاطعه، ممن بیده إنفاذ المعامله، ففیه اشکال، للعمومات، و عدم نهوض المنقول من إجماع الأصحاب، و اخبار الباب، لتخصیصها، اما الإجماع فإنّ المتیقّن من معقده، غیر هذه الصّوره، و استثناء العلامه عنه، إیصال الهدیه، و اذنه فی دخول الدار، لا یکشف عن شموله لجمیع أفعال الصبی الّتی منها محل البحث، فإنّ استثنائهما، إنّما یکشف عن دخول مثلهما، لا عن دخول عمل لم یستقلّ به، بل یکون إله فی مجرّد إیقاع الصیغه کاللسان من الإنسان، و امّا حدیث رفع القلم (۱) ففیه مضافا الی مکان دعوی ظهورها فی رفع خصوص المؤاخذه عنه کحدیث الرفع ان رفع القلم عنه مطلقا، وضعا و تکلیفا، لا یقتضی رفع القلم عن غیره بسبب فعله إذا کان باذنه، ففعله انّما لا یکتب بما هو مضاف الیه، لا بما هو مضاف الی الغیر و قد صدر باذنه. و اما خبر عمد الصبی- إلخ- (۲) فلان ظاهره ان الفعل الذی یقع علی نحوین: عن عمد و عن خطأ، و یختلف بحسبهما حکمه، کما فی باب الجنایات إذا صدر عن الصبیّ عمدا یکون کما إذا صدر خطأ، فلا یعم ما لا یکون الّا متقوما بالعمد و القصد، کالإیقاع و العقد، و لا یکون له حکم الّا بعنوانه و ان کان لا یکاد یکون الّا بالقصد.

و اما خبر «انّ الغلام أو الیتیم لا یجوز امره» (۳)، فظهوره فیما إذا استقلّ فی العمل مما لا یکاد یخفی، کما افاده (ره)، فلا یعمّ ما إذا کان وکیلا فی مجرد إیقاع الصیغه، و بمنزله اللسان من الإنسان. فافهم.

۱- وسائل الشیعه: ۱- ۳۲- ب ۴- ح ۱۰.

۲- وسائل الشیعه: ۱۹- ۳۰۷- ب ۱۱- ح ۲.

۳- وسائل الشیعه: ۱- ۳۰- ب ۴- ح ۲.

[منها قصدهما لمدلول العقد]

اشاره

قوله (ره): (بل بمعنى عدم تعلق إرادته و ان أوجد مدلوله- إلخ-).

أى بمعنى عدم التوسل بإنشائه إلى حصول البيع و التسبيب اليه، حيث لا يكاد العقد بدون هذا القصد، و لا يخفى، انّ كلّ واحد من القصد الى اللفظ، و الى المعنى الاستعمالى، و الى هذا المعنى، من مقومات العقد، لا يكاد يتحقق بدون واحد منها، و معه لا وجه لجعله بأحد هذه المعانى من شروط المتعاقدين.

قوله (ره): (أقول مقتضى قضيه المعاوضه و المبادله، دخول كل من العوضين فى ملك (۱) الأخر- إلخ-).

فيه ان انتزاع مفهوم المعاوضه و المبادله عن البيع، لبئس بلازم لا محاله، إلّا إذا قيل بأنّه قد أخذ فى حقيقته دخول كل من الثمن و المثمن فى ملك مالك الأخر، و هو محل تأمل، و كونه تمليكا بالعوض، لا يكون إلّا فى قبال انّه ليس مجانيا، و على هذا، فالقصد، الى العوض و تعيّنه، لا يغنى عن تعيين المالك المنتقل اليه الثمن أو المثمن، بل لا بدّ منه مطلقا، و ان قيل انّه قد أخذ فى حقيقه البيع، دخول كل منهما فى ملك الأخر، غايه الأمر عليه، لا يكاد ان يقصد أصل البيع بدونه، و على الأول لم يقصد بشخصه، لعدم قصد التّعيين الذى به تشخّصه، و لا بد من قصده، لعدم نفوذ العقد على المبهم، و لا يجدى التّعيين بعده. فافهم.

[فى اعتبار تعيين الموجب و القابل للبائع و المشترى]

قوله (ره): (و اما تعيين الموجب لخصوص (۲) المشترى، و القابل لخصوص البائع- إلخ-).

لا يخفى، ان العقد لما كان امرا ربطيّا بين الاثنين، لم يكد يتحقق إلّا إذا تواطئا و توافقا بحسب القصد، فلو قصد أحدهما تمليك الأخر نفسه، و قصد الأخر تمليك غيره وكاله أو فضولا، لم يتواطئا على واحد، فلا عقد بينهما، بل من كل واحد منهما إيقاع، نعم ربما يقال، بأنه يكفى قصد أحدهما

۱- و فى المصدر: أقول مقتضى قضيه. كل من العوضيين فى ملك مالك الآخر.

۲- و فى المصدر: لخصوص المشترى المخاطب.

ما يقصده الأخر إجمالا فى البيع، و ان لم يعرفه تفصيلا، إذ لم يقم دليل على تعيينه، كما فى النكاح، بالنسبه إلى تعيين الزوج و الزوجه، كما ان دليل نفى الفور، دلّ على لزوم تعيين العوضين فيه، و عدم كفايه توافقهما على ما عينه أحدهما بحسب قصده.

و بالجمله، اعتبار تعيين ما توافقا عليه، شى ء آخر، و الذى لا بد منه فى تحقق العقد، التواطؤ على واجب بحسب القصد، فيكون وجه صحه البيع، لأجل قصد البائع غالبا ما قصده القابل، من دون تعلّق غرضه أصلا بشخص خاصّ و عدم دليل على تعيين من ينتقل اليه العين، بخلاف النكاح، حيث ان الغرض غالبا، متعلّق بخصوص شخص، و الدليل قد دلّ على اعتبار تعيينه، و إسناده إلى الوكيل غير صحيح عرفا، بخلاف البيع. فالفرق بين البيع و النكاح، ليس بعد توافقهما على لزوم التّواطؤ على واحد معيّن واقعا و لو إجمالا، إلّا فى لزوم التعيين فى النكاح شرعا، دون البيع، و صحه إسناد البيع عرفا الى القابل، و لو لم يكن باصيل، بل فضول، أو وكيل، فيكون قصد الموجب، بعتك لذاك الشخص الذى قصدته من نفسك أو غيرك، و عدم صحه إسناد النكاح الّا الى الأصيل. فتأمل فى كلامه، زيد فى علوّ مقامه، لعلّه يرجع الى ما ذكرنا، و ان كان ربّما يأبى ظاهر بعض فقرأته.

[فيما يتعلق بعقد المكره]

اشاره

قوله (ره): (و غير ذلك مما يوجب القطع بان المراد بالقصد المفقود فى المكره، هو القصد الى وقوع اثر العقد- إلخ-).

أى القصد الى وقوعه شرعا، لو كان ملتفتا الى اعتبار الطيب فى تأثيره، و امّا القصد الى وقوعه عرفا، و التوسل بإنشاء مضمونه الى تحققه كذلك ممّا لا بدّ منه فى تحقّق العقد، و لا يكاد يكون إنشاء مضمون عقد بدون هذا القصد كما عرفت.

و بالجمله، محل الكلام بين الأعلام فى عقد المكره، هو الذى لا يقصر عن عقد غيره، الّا انّه ليس برضاء و طيب منه، بل بالكره.

قوله (ره): (لكن الإنصاف انّ وقوع الفعل عن الإكراه- إلخ-).

لا يبعد دعوى صدق وقوع الفعل كرها فيما إذا وقع بسبب الإكراه،

بحيث لولاه لما وقع و ان كان التفصّي ممكنا، و لكن لا يتفصّى لعدم داعى عقلائى اليه كالتّوريه، أو لوجود داعى كذلك الى عدمه، و ان أبيت إلّا عن عدم صدق وقوع الفعل كرها، الّا مع عدم إمكان التّفصىّ و لو بالتّوريه، أمكن ان يقال بعدم الصّحه مع إمكانه، لمكان عموم «وَ لَا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ- إلخ-» (۱) و «لا يحل مال امرء- إلخ-» (۲) بناء على ثبوت الواسطه بين الإكراه و طيب النفس. فتدبّر.

قوله (ره): (و يظهر الثمره فيما لو ترتّب اثر على خصوصيّه المعامله الموجوده- إلخ-).

ظاهره انّ ترتّب الأثر على أحد الأمرين الّذين اكره على أحدهما دون الأخر، يمنع عن وقوعه مكرها عليه، فلو اختاره لترتب عليه أثره، و أنت خبير بان اختلافهما فى الترتّب و عدمه، لا يوجب تفاوتهما فى الوقوع كرها، ضروره انّ الغرض انّه لو لا الإكراه لما اختار واحدا منهما و اختار أحدهما، لا محاله عن داعى أخر مطلقا اختصّ بالأثر أم لا، كما لا يخفى.

و بالجمله، يكون الإكراه على أحد الأمرين كافيا فى وقوع ما اختاره مكرها عليه مطلقا، كان لكلّ واحد منهما بخصوصه أثر، أو كان لخصوص أحدهما. نعم يمكن ان يقال، انّ دليل ذى الأثر فى الفرض أظهر، ففيما اكره مثلا على مباح أو محرم أو عقد فاسد أو صحيح، يقدم دليله على دليل رفع الإكراه، كما يقدّم لذلك دليل رفعه على دليله فى غير مقام.

قوله (ره): (فاحتمل فى المالك عدم الصحه نظر الى ان الإكراه يسقط حكم اللفظ- إلخ-).

لكن الظاهر هو الصحه، فإنّ الإكراه، إنّما يوجب رفع الأثر فيما كان رفعه منّه على المكره، و لا يكون فى رفع صحه العقد الصادر عن الوكيل منه عليه. كما لا يخفى.

۱- البقره: ۱۸۸.

۲- وسائل الشيعه: ۳- ۴۲۴- ب ۳- ح ۱.

[فروع لو أكرهه على بيع واحد غير معين من عبدين فباعهما]

قوله (ره): (و الأوّل أقوى- إلخ-).

انّما يكون أقوى إذا كان بيع الجميع بداعى غير الإكراه، و امّا إذا لم يكن إلّا بداعى الإكراه، كما إذا كانت هناك ملازمه بحسب غرضه بين بيع أحدهما و بيع الأخر، حيث ان الإكراه حينئذ على بيع أحدهما يكون اكراها على بيع الأخر. و من هنا ظهر حال ما لو اكره على معيّن فضمّ اليه غيره و باعهما دفعه، بل لا يبعد ذلك فيما باع العبدين تدريجا أيضا. فتدبّر جيدا.

قوله (ره): (بل من جهه دفع الضرر (۱) عن المكره بالكسر- إلخ-).

لا يخفى، انّ التّوعيد بالضرر على الغير، انّما يكون إكراها إذا كان الضرر عليه، يعدّ ضررا على المكره بالفتح، كما إذا كان الغير مثل من مثله به (ره)، أو كان دفع الضرر عنه فعلا و أحيا عليه، و الّا لا يكون اكراها، كما لا يخفى.

قوله (ره): (إذ يكفى فيه مجرّد قصد الإنشاء المدلول عليه- إلخ-).

قد عرفت فى بعض الحواشى السابقه عدم كفايه ذلك، بل لا بد فى صدق العقد و تحققه من قصد التّوسل به الى تحقق مضمونه.

و بالجمله لا بدّ فيه من ان يكون قصد الإنشاء بداعى التّوسل، كما إذا لم يكن هناك إكراه و لم يكن بينهما تفاوت، الّا ان اختياره هيهنا، لأجل الفرار عمّا وعده به، بخلاف سائر الموارد.

قوله (ره): (و كذلك على القول بالكشف بعد التأمل- إلخ-).

لكن مع القول بدخله بطور الشرط المتأخّر فى التأثير، و امّا على القول بعدم الدّخل فيه أصلا، بل انّما يكون له الكشف عما هو المؤثر فمشكل، فان الرّضاء حينئذ يكشف عن نفوذ عقده الصادر عنه كرها. فافهم.

قوله (ره): (الّا ان يقال ان أدله الإكراه كما ترفع السببيّه المستقلّه- إلخ-).

إنّما ترفع مطلق الأثر فيما كان ذاك الأثر، بمقتضى الإطلاقات

۱- و فى المصدر: بل من جهه دفع الضرر اللاحق عن المكره بالكسر.

نفسها وحدها، لا فيما إذا كان ثبوته بملاحظه أدله الإكرام، كما هو الفرض.

فافهم.

قوله (ره): (و هذا أمر عقلى قهرى، يحصل له بعد حكم الشارع بكون المؤثر التام هو المجموع منه و من الرضاء- إلخ-).

فكيف يمكن دفعه بأدلّه الإكراه من غير فرق بين ان يكون دخل الرضاء بنحو الشرط المتقدم أو المتأخر، و اما لو لم نقل بدخله أصلا بل به الكشف عماله تمام الدخل سابقا، فقد عرفت انه مشكل، و لعله أشار إليه بأمره بالتأمل، كما يمكن ان يكون إشاره الى ما ذكره من جعل الشرط على الكشف وصف التعقّب بالرضا، خلاف ظاهر القائلين بالكشف، بل الشرط نفس الرضاء، كما إذا كان متقدما على ما سيجى ء تحقيقه منا بما لا مزيد عليه إن شاء اللّه تعالى، فانتظر.

[بقى الكلام فى أن الرضا المتأخر ناقل أو كاشف]

قوله (ره): (و فيه ان مفاد العقد السابق ليس النقل من حينه بل نفس النقل- إلخ-).

و ذلك لانّ مفاد العقد بإطلاقه، ليس إلّا إرسال النقل و إطلاقه لا تحديده، و تعيين زمان حدوثه و لازمه حدوثه عند وجود علّته، و هذا غير إبهام النقل كى لا يصحّ العقد عليه. فافهم.

[فيما يتعلق بعقد العبد]

قوله (ره): (قال اللّه تعالى ضَرَبَ اللّهُ مَثَلًا عَبْداً مَمْلُوكاً الآيه (۱)-).

الاستدلال بها على عدم استقلال العبد فى أموره، يتوقّف على كون لا يقدر صفه موضحه، كما كان قوله تعالى «مَمْلُوكاً» (۲) كذلك، لا مقيّده، كما انّه الظاهر المؤيّد بأنّ قضيه المملوكيه، عدم استقلاله فى امره، و يساعد عليه، استشهاد الامام (ع) على عدم نفوذ طلاقه (۳)، لكن لا يبعد ان يكون الشى ء قد كنى به عن خصوص عناوين المسببات، من نكاح، و طلاق، و بيع، و شراء، و نحو ذلك، و يكون المراد من عدم قدرته عليه، عدم القدره

۱- النحل: ۷۵.

۲- النحل: ۷۵.

۳- وسائل الشيعه: ۱۵- ۳۴۳- ب ۴۵- ح ۱.

على الاستقلال بإيقاعها بنفسه بلا اذن و رضاء من سيّده، فلا يعمّ إيقاعها باذنه له، و لا إيقاعهما لغيره بدون اذن السيّد و باذنه، فلا دلاله لهذه الآيه على عدم نفوذ ما أوقعه لغيره باذنه، من نكاح، أو طلاق، أو غيرهما من المسببات، فضلا عن الأسباب، كما إذا اذن الغير فى مجرد إيقاع الصيغه له، و ان أبيت، إلّا عن عدم ظهور الآيه فى خصوص ذلك، فلا أقل من كونه المتيقن من إطلاقها، و ان أبيت عن ذلك أيضا، فلا أقلّ من كون سائر العمومات و الإطلاقات الدّاله على النّفوذ أظهر منها فى عدم نفوذ إيقاع المسبّبات لغيره باذنه، فضلا عن مجرّد إيقاع الصيغه.

قوله (ره): (الا ان الأقوى، هو لحوق اجازه المولى- إلخ-).

بناء على شمول إطلاق الشى ء للأسباب، كما هو مفروض كلامه- ره- يمكن منع لحوق الإجازه، فإنّه يستلزم استقلاله فى إيجاد السبب الاستعدادى، الا ان يمنع عن الشمول لمثل هذا الأمر، و لو قيل بالشمول للأسباب. فتدبّر جيّدا.

قوله (ره): (بل يمكن جعل نفس الإيجاب موجبا للاذن- إلخ-).

بل كاشفا عن سبق الرضاء فيكون المشترى قابلًا فى زمان الإيجاب أيضا. فلا تغفل.

قوله (ره): (و فيه ما عرفت من انّ وجه المنع، أدله عدم استقلال العبد فى شى ء- إلخ-).

لكنه يوجب المنع و الفساد هيهنا، لو لم يكن للوكيل وكاله مطلقه، بحيث يعمّ، بيعه منه، و الّا كان صحيحا لما عرفت فى بيع المولى، كما لا يخفى.

[القول فى العقد الفضولى]

اشاره

قوله (ره): (و ان كان الذى يقوى فى النفس لو لا خروجه- إلخ-).

لا يخفى، أن كفايه الرّضاء السّابق و عدم التوقف على الإجازه، انّما يكون لو كانت قضيّه الإطلاقات و العمومات، نفوذ العقد على ملك أحد، و لو لم يكن منه و لم يصر عقده إذا كان برضاه، مع ان الظاهر من الآيه، انّما هو وجوب الوفاء على كل أحد بعقده، لا بعقد غيره، و لو على ملكه ما لم يصر عقده، و مجرد رضاه بمضمونه، لا يوجب كونه عقده و عهده، ما لم يكن بإذنه، أو

تلحقه أجازته، و كذلک المنساق من إطلاق مثل «أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ- الآيه-» (۱)، انّما هو نفوذ بيعه الصادر منه، أو المضاف اليه، و لو بإجازته، مع ما عرفت سابقا، من منع إطلاقه لوروده فی مقام تحريم الرّبا، كما لا يخفى.

نعم لو كـان العقـد صـادرا عن المالـک فيما يتعلّق به حقّ الغير، كالعين المرهونه، لا يبعـد كفايه رضاء الغير و عـدم التّوقف على إجازته، فإنّ رعايه حقّه، لا يقتضی إلّا مراعاه رضائه فی نفوذ عقد المالک على ملكه المرهون.

[المسأله الأولى أن يبيع للمالک مع عدم سبق منع للمالک]

قوله (ره): (و لكن لا يخفى انّ الاستدلال بها، يتوقّف على دخول المعامله المقرونه برضاء المالک فی بيع الفضولی).

قـد عرفت دخولها فيه، فيما عقـد على ملک الغير، لكنه يتوقّف على عدم كون (عروه) (۲) وكيلا فی معاملاته (صـلى اللّه عليه و آله)، و لا يكون امره بالاشتراء ظاهرا فی عدم كونه وكيلا، و لا بتركه ظاهرا فی الإجازه، كما لا يخفى.

قوله (ره): (و يمكن ان يكون الوجه فی ذلک ان إبطال النكاح- إلخ-).

كما يمكن ان يكون الوجه هو ان احتياط الشارع، و حرمه عدم إبطال النكاح و التوسعه فی امره، لئلا يقع الناس كثيرا فی الزنا، و كذلک شرع عقد التمتع، و لم يقتصر على الدائم، فيكون المراد، هو احتياط الشارع بهذا المعنى، لا احتياط المكلّف، كی يشكل بان الأمر فيه دائر بين المحذورين بلا احتياط فی البين، كما لا يخفى.

قوله (ره): (و عدّ هذا خارجا عن الفضولی (۳) بالنّص- إلخ-).

يمكن خروجه عنه موضوعـا بـدعوى انّ المالـک، و ان عيّن ضـربا من المتـاع، الّا انه بنحو العقـد فی المطلوب، فيكون ما اشتراه العامل فی صوره ظهور الرّبح على وفق غرضه أيضا، و يقتضه عقد مضاربته، و ليس قضيّه التّعيين،

۱- البقره: ۲۷۵.

۲- مستدرک الوسائل- ۲- ۴۶۲- ب ۱۸.

۳- و فی المصدر: وعد هذا خارجا عن بيع الفضولی بالنّص.

الّا ضمان العامل فيما إذا تخلّف، لا الخروج عمّا هو مقتضى المضاربه رأسا.

فافهم.

قوله (ره): (مع انّ تحريمه لا يدلّ على الفساد- إلخ-).

انما لا يـدلّ قوله «لا يجوز لأحـد التصـرف على الفساد- إلخ-» إذا كان الجواز المنفى، هو الجواز التكليفى، و امّا إذا كان بمعنى النفوذ، ففى موارد التكليف، يكون منعا تكليفيّا، و فى موارد الوضع منعا وضعيّا، فتفطّن.

قوله (ره): (خصوصا إذا كانت الإجازه ناقله- إلخ-).

أو كانت كاشـفه مع دخلها بنحو الشـرط المتأخّر، على ما سـيأتى تحقيقه، امّا لو قيل بالكشف و عدم الدخل أصـلا، فلا ريب فى صدق التّصرف على بيع الفضول، كما لا يخفى.

[المسأله الثانيه فى ما لو سبق المنع من المالك]

قوله (ره): (و امّا ما ذكره من المنع الباقى بعد العقد و لو آنا ما، فلم يدل دليل على كونه فسخا- إلخ-).

هـذا مع انّه لو كان المنع الباقى مؤثرا، كان مجرّد عـدم الرّضاء بالعقد مانعا عن تأثير الإجازه أيضا، و ان لم يسـبق منه منع، و كان المنع السابق غير مؤثر مع ارتفاعه حال العقد، و يمكن الاستدلال على عدم تأثير الإجازه هيهنا، بما استدل به على عدم تأثيرها مع سبق العقـد، من انّه معنى لا يضاف العقـد بها الى المجيز عرفا كالردّ، لكن الظاهر انّه ليس كـذلك، فان المنع و الردّ يتفاوتان فى ذلك عرفا، فلا حظ.

[المسأله الثالثه فى بيع الفضولى لنفسه]

قوله (ره): (إذ لا يعقل دخول أحد العوضين فى ملك من لم يخرج عن ملكه الأخر- إلخ-).

قد مرّ فى باب المعاطاه، انّ حقيقه البيع، ليس الّا التّمليك بالعوض، و لا يعتبر دخول أحد العوضـين فى ملك من خرج عن ملكه الأخر، فيكون مع قصـده الى بيع مال الغير لنفسه قاصدا الى ما هو البيع و ما هو المعاوضه بهذا المعنى، و اما بناء على ما افاده، من اعتبار ذلك فى قوامه، فالتّفصـى عن هذا الاشكال بما ذكره، مع انّه غير سديد، إذ لا يكون بيع الغاصب مترتبا على هذا البناء غير مفيد، إذ الدخول لو كان معتبرا كان هو

الدخول حقيقه و لو عرفا، و مجرّد البناء على المالكيه، لا يوجب ذلك، و انّما يوجب قصده الى دخول عوضه فى ملكه، و يدعوه الى قصد تملكه بنفسه و شخصه، لا بما هو المالك، فلا يكون بذلك قاصدا إلى المعاوضه. نعم لو كان مجرّد ذلك البناء مملكا و لو بنظر العرف، كان موجبا للقصد إلى المعاوضه، و ليس كذلك، كما هو واضح.

و بالجمله، لو كان هناك من الغاصب بناء، لا يكاد يكون الّا داعيا الى قصد تملك العوض بشخصه و بذاته، لا تملك المالك، مع دعوى انطباقه عليه، و البناء على انه المالك، كما هو ظاهر، ثم انّه على ما ذكرنا، من عدم الاعتبار، ربّما يشكل أيضا تحقّق العقد منه، حيث لا يتأتّى منه القصد الى التّوسل الى تحقق ما إنشائه بعد علمه بعدم تأثيره أصلا، لا شرعا، و لا عرفا، الّا ان يمنع عن ذلك، و قيل: بكفايه قصد التّوسل الى مضمونه، و لو بحسب نظره قبالا لما إذا كان داعيه على إنشاء غير ذلك هذا.

قوله (ره): (و اما كون الثمن مالا له أو لغيره، فإيجاب البيع ساكت عنه- إلخ-).

لا يخفى انّ البائع لنفسه لا محاله، يكون قاصدا لتملّك الثّمن و صيرورته ملكا له ابتداء بإزاء ما ملكه كذلك، أو بعد البناء منه على ملكيته عدوانا، أو اعتقادا، على ما عرفت فى الحاشيه السابقه إذ لا معنى لعدم قصد تملك الثمن أصلا و لا لقصد تملك المالك بنحو العنوان كما لا يخفى و ان الملكيه اعتبار خاص بين الشى ء و أعيان الأشخاص لا عنوان المالك مع انه قد عرفت فى الحاشيه السابقه انّ البناء على الملكيه لا- يكون الّا داعيا له الى قصد تملّكه بنفسه، بلا قصد تملّك المالك أوّلا، و قصد تملّكه ثانيا، للبناء على انّه المالك عدوانا، أو اعتقادا، و مجرّد كون هذا مملكا أيضا، لا يوجب ان يكون بلا داعى يدعو اليه، و لا- يكاد يكون له بحسب المتعارف داعى، و لو اتفق حصوله أحيانا، لاختّص التّصحيح بما افاده به و لا يعم ما هو المتعارف من بيع الغاصب لنفسه. فتفطّن. و قد انقدح بذلك، فساد ما افاده بقوله «فالمنسوب اليه التّملك انّما هو المتكلم- إلى أخر كلام-».

قوله (ره): (اما الأول فلانّ صحه الاذن فی بیع المال لنفسه أو الشراء لنفسه ممنوعه- إلخ-).

لا یخفی، ان قضیّه ما تقدّم، لو سلّم انّما هو عدم صحه الإذن لو لم یکن تملیکا ضمنیّا، بل کان الاذن بتملّک الثّمن بإزاء ملکه لما ادّعاه من عدم معقولیه التملک بعوض مال الغیر، لا فیما لو کان منضما للتّملیک أیضا ضروره عدم تأتی ما افاده- ره- معه، معه، مع انّک قد عرفت منعه.

قوله (ره): (لأن الاذن فی البیع یحتمل فیه ان یوجب من باب الاقتضاء تقدیر الملک آنا ما قبل البیع- إلخ-).

لا یخفی، انّ تقدیر الملک من باب الاقتضاء لا یکاد یصار الیه الّا إذا کان هناک دلیل علی نفوذ البیع بإذن المالک للبائع، مع انّه لا یکون معقولا بدون ملکه، فیقدر لیعقل، و هذا بعینه جار فی الإجاره، ضروره انّه إذا نهض الدّلیل علی صحه البیع للفضول مع الإجازه، فلا محیص عن تقدیر الملک من باب الاقتضاء قبله، کی یعقل، فالقیاس بلا فارق أصلا، و لو لم یقم دلیل علی صحه البیع لما کان وجه للتقدیر مع الاذن من هذا الباب، هذا علی ما هو المفروض فی کلامه (ره) من الملک التقدیری، و هو غیر الملک الضّمنی فی کلام البعض، فإنّه ملک حقیقی حصل ضمنا بسبب الاذن هیهنا، و البیع و العتق فی باب: أعتق عبدک عنّی، و علیه یمکن ان یکون الإجازه متضمّنا کالإذن، لکنه یصیر حینئذ من قبیل: باع ثم ملک، و یأتی تحقیق القول فیه، مع انّه علی تقدیر الدلیل علی صحه البیع بالإجازه للمالک، یمکن ان یکون وجه المقایسه انّه کما ان صحه البیع فی صوره الإذن بالالتزام بالتّملیک الضّمنی، کان صحه البیع مع الإجازه بالالتزام بالتّملیک التّقدیری. فافهم و تأمل، فإن المقام لا یخلو عن دقّه.

قوله (ره): (و امّا الثانی فلما عرفت من منافاته لحقیقه البیع- إلخ-).

قد عرفت منع منافاته لحقیقته، فتلخّص مما ذکرنا فی هذه الحواشی، انّ الإجازه فی الصوره، انّما تکون موجبه لوقوعه للبائع لا للمجیز، نعم لو کان قاصدا لوقوعه له لما کان مجیزا للعقد، فلو قام دلیل علی نفوذه له، فلا محیص

عن القول بنفوذه تعبّدا على خلاف القواعد، لكن بقى شى ء، و هو انّه يمكن ان يقال: انّ الغاصب فى بيعه لنفسه، لا يقصد إلا إنشاء التّمليك بالعوض، من دون قصد تملكه للثمن بنفس العقد، بل انّما قصد التّصرف فيه بعد التوسل به اليه، كما كان متصرّفا فى المثمن عدوانا على المغصوب عنه، حيث لا داعى له الى قصد التملّك بالعقد بعد التمكّن من مبهمه بدونه، و عدم مدخليّته أصلا فى الوصول الى مقصوده، كما لا يخفى و حينئذ فلو قام دليل على نفوذه للمالك فى الصّوره يمكن ان ينزل على ذلك، اى ما إذا قصد كذلك نعم انما يشكل فيما إذا كان البائع معتقدا لملكيّه المبيع. فتأمل.

قوله (ره): (ثم ان مما ذكرنا من ان نسبه تلك العوض حقيقه- إلخ-).

لا يخفى انّ الاشكال النّاشى من قبل عدم جواز الرجوع الى الغاصب بحاله ضروره ان عدم جواز الرجوع لو كان كاشفا عن عدم تحقق المعاوضه الحقيقيّه، كما هو مبنى الاشكال، كان كاشفا عنه، و لو مع قصد الغاصب تملّك المالك الحقيقى أولا، و نسبته المالك إليه حقيقه، و نسبته اليه ثانيا، للبناء على انّه المالك، نعم لو قيل بجواز الرّجوع مع هذا القصد، لا يكون هناك اشكال من رأس، كما لم يكن أصلا، لو قيل به مطلقا، كما لا يخفى.

و بالجمله، لا يكاد ينفع بذلك الاشكال الاتى من قبل القول بعدم جواز الرّجوع، و مع القول بجوازه، لا اشكال قيل بما ذكره أوّلا، فتفطّن.

قوله (ره): (انما يتوجه على القول بالنقل حيث انّ تسليط المشترى للبائع- إلخ-).

انما يتوجه على هذا القول، لو قيل بجواز التصرّفات المنافيه من الأصيل و نفوذها، و الّا فلا، حيث لم يكن له قبل الرّد تسليطه على الثمن، و يأتى تحقيق القول فيه، إن شاء اللّه تعالى.

[بقى هنا أمران]

[الأوّل أنه لا فرق على القول بصحه بيع الفضولى بين كون مال الغير عينا أو دينا أو فى الذمه]

قوله (ره): (فكذلك قصد من وقع له العقد يغنى عن تعيين الثمن الكلى بإضافته- إلخ-).

إنّما يغنى عنه، إذا كان قاصدا بذلك للمعيّن إجمالا، و الّا فمجرّد قصده، لا يوجب تعيّنه، و مجرّد استحاله دخول أحد العوضين فى ملك غير من

خرج عنه الأخر لو سلم، لا يوجب ذلک بلا قصد، و الّا يلزم حصول تمليک شخص خاصّ، أو تملّکه بلا عقد، لوضوح تبعيّه العقد للقصد، فانقدح بذلک انه لا يکاد يتحقق تمليک أحد لشی ء أو تملکه بدون قصده تفصيلا أو إجمالا و الّا کان بلا عقد فانقدح فساد ما افاده فيما بعد من صرف الکلّی إلی ذمّه أحد، أو صرف البيع، أو الشراء اليه، و ان لم يقصده، أو لم يضفه اليه، الّا ان يکون مراده، ان يقصده تفصيلا لا مطلقا. فافهم.

[الثانی الظاهر أنه لا فرق فيما ذکرنا من أقسام بيع الفضولی بين البيع العقدی و المعاطاه]

قوله (ره): (بناء علی إفادتها للملک- إلخ-).

بل مطلقا، بناء علی ما أسلفناه من انّها يصير بيعا شرعا بالتصرف، و ان کانت قبله مؤثّره، للإباحه المالکيّه أو الشرعيه، و ليس حال التصرف فيه، الّا کحال القبض فی الصرف و السّلم، لکن هذا، ای عدم التفرقه بين البيع العقدی و المعاطاه، انّما يتمّ علی تقدير کون صحّه المعاطاه علی القاعده، و اما لو نوقش فيه کما تقدم، و قيل بها لأجل السيره، فلا بدّ فی الفضولی من الاقتصار علی العقدی، لأن المتيقن من موردها، غير الفضولی من المعاطاه.

قوله (ره): (مع انّ حصول الإباحه قبل الإجازه غير ممکن- إلخ-).

لو کانت الإباحه مالکيه، و اما إذا کانت شرعيه، فيمکن الحکم بها قبل الإجازه علی الکشف فيما إذا علم لحوقها، فإنّ الإباحه علی هذا أثرها أيضا کالملکيّه بعد التصرف، فاذا کانت المعاطاه واجده للشرط واقعا، من لحوق الإجازه، کانت ثبوتها لها قبل التّصرف، کما کانت مؤثره للملکيّه بعده. فافهم.

[القول فی الإجازه و الرد]

[الکلام فی الإجازه]

[أمّا حکمها]

قوله (ره): (و عن فخر الدّين الاحتجاج لهم بأنّها لو لم تکن کاشفه لزم تأثير المعدوم فی الموجود- إلخ-).

و ليکن مراده بأنّها لو لم تکن کاشفه عن سبق الملکيه بعلّتها التّامه، بلا مدخلّيتها أصلا، و بلّا لزم دخل المعدوم فی التأثير، کما لا يخفی.

و بالجمله، الإشکال بتأثير المعدوم فی الموجود، يرد علی کل واحد، من القول بالکشف، بناء علی دخل الرّضا، و القول بالنقل، فلا وجه للفرار

عن أحـدهما إلى الأخر لـذلک. و امّا بناء على عدم دخله، فيلزم كون الفضولى على خلاف قاعده اعتبار رضاء المالک فى نفوذ تصـرّف الغير فى ملكه، اى على خلاف قاعده وجوب الوفاء بالعقود، ضـروره ان المخاطب بوجوب الوفاء، انّما هو المالک، و لا يكـاد يكون العقـد الفضولى، عقـدا للمالـک بلاـ اجازه لا حقه منه، فلا بـدّ من الاقتصار فى نفوذ الفضولى على مقـدار مساعـده خصوص الـدليل عليه، و من الواضح انّه لا خلاف ما عليه القائلون به، من انّ صـحته تكون على القاعده، و لا يخفى انّ الاشـكال تـأثير مـا عـدم فى اللّـاحق، أو لـم يوجـد فى السابق، مما لا اختصاص له بالمقام، بل سار فى العبادات المركّبه أو المقيّـده بأمر قد انعـدم، أو لـم يوجـد فى قـاطبه المعاملاـت، بـل الإيقاعات، الى غير ذلک، ضـروره تأثير الإيجاب المعـدوم، بل القبول بغير جزيه الأـخير، بل مطلقا فيما يعتبر فيه شـرط، من قبض، كما فى الهبه، و الرهن، و نحوها، أو تصـرّف كما فى المعاطاه فى الموجود من الملكيّه، و الزوجيّه، و نحوهمـا، و هكـذا حـال الإيقاعـات، فـإنّ صـيغتها متصـرّمه غير قاره باجزائها وجودا، فلا يكون تمام ما هو المؤثر فى الانفكاک عن الرّقيه، أو الزّوجيه فى العتاق، و الطلاق عنـد التأثير بموجود، و من هنا انقـدح عـدم اختصاص الاشـكال بالشرط المتأخر، كما اشتهر، بل يعمّ المقتضى المتصرم، أو الشرط المتقدّم، المتقدّمين حال التأثير، و قد حققنا القول فى التّفصى عن الإشـكال فى البحث، و فى بعض فوائدنا بما خلاصـته، انّ ما يتخيّل انّه سـبب متصرم، أو شرط غير موجود بعد، أو متقدم، لا يكون إلّـا فى الاعتبـارات التى تكون واقعيّتهـا بمنشـإ انتزاعها، و تحقق ما يصـحّ به اختراعها، و لا يكون لها تحقّق فى الخارج، الّا بتحققه و وجوده، كـالزوجيه، و الملكيّه، و الحريّه، و الرّقيه، و الوجوب، و الحرمه، الى غير ذلـک من الاعتبـارات الـتى ليست من المقولاـت الّتى تكون محموله بالضـميه، و موجوده فى الخارج، و لو فى الموضوع، حيث يتخيّل فيها، انّ الأمور المتقـدمه عليها، أو المتـأخّره عنهـا، صـارت مؤثّره فيهـا فى غير واحـد من المقامـات، كمـا أشـرنا إليها إجمالا، و الّا فى الأفعال الاختياريّه بما هى اختياريّه، حيث يتخيّل انّ لبعض ما سبقها أو يلحقها، ربّما يكون له دخل فيها، بحيث لو

لا سبقه أو لحوقه، لما كادت تكون و ليس الأمر كما تخيّل فی واحد من المقامين:

اما الأوّل: فلانّ العله حقيقه، و الذی يوجب اعتبارا من تلک الاعتبارات واقعا، ليس الّا لحاظ ما هو منشأ الانتزاع، و تصور ما به يصحّ الاختراع، فلا يكون دخل ما يسمّى سببا كالعقد، أو شرطا كالقبض فی الصّرف، أو غيرهما، مقارنا كان للأثر، أو مقدما، أو مؤخّرا، الّا بلحاظه و اعتباره، و وجوده فی الذهن، فيقارن المؤثر لأثره، لا بوجوده فی الخارج، کی لا يقارن له، و من الواضح انه كما يصح اختراع اعتبار بلحاظ ما يقارنه، يصح بلحاظ أمر سابق، أو لاحق، بل ربّما لا يكاد يصحّ بلحاظه مع مقارنته، ضروره انّ حسن فعل، أو قبحه، أو مطابقته لغرضه، انّما يكون بلحاظ لحوق شی ء أو سبقه، بحيث لولاه، لما كان يتصف بأحدهما، أو بالمطابقه للغرض، كما لا يخفى.

و امّا الثانی: فلان العله فی الفعل الاختياری بما هو اختياری، ليس الّا تصورّه بأطرافه و خصوصياته العارضه عليه بلحاظ أكنافه بما سبقه، أو قارنه، أو لحقه، و تصوّر ما يترتب عليه، من الأثر، و هيجان الرّغبه فيه، و الجزم و العزم المتعقّب بتحريک العضلات، و ليس واحد من أطرافه، و لا ما هو فائدته بوجوده فی الخارج، مؤثرا فی تحريكها بالإراده، کی يلزم تأخر السبب أو الشّرط عن مسبّبه أو مشروط أو عدم مقارنته معه، بل بوجودها فی الذهن، مع سائر المبادی الوجدانيّه، و هی مقارنته لوجوده، كما هو واضح، فأين انثلام القاعده و انحزامها.

هذا بعض الكلام بما يناسب المقام، و من أراد الاطّلاع التّام فعليه المراجعه إلى الفوائد. (۱)

فإذا ظهر لک انّه لا يلزم على واحد من القولين محذور تأثير المعدوم فی

۱- أی الرساله التی سمّيت بفوائد الأصول و قد طبعت مرتين مع حاشيه الفرائد منه- قدس سره- و من شاء فلينظر بها.

الموجود، علمت انّ المتّبع فی تعیین أحـدهما، هو الـدّلیل، و لا یخفی انّ قضـیّه قاعـده وجوب الوفاء بالعقود، بعـد التّقییـد بطیب المالـک، و رضـاء من له الاختیار، هو تحقق مضـمونها، بعـد تحقق العقـد و الرضاء، فکما لا یکاد یکون بحسب القواعـد، تحقق مضـمون عقـد ینعقد فیما بعد من قبل، کذلک هیهنا لا یکون العقد الفضولی، عقد المالک قبل الإجازه، فکیف یکون مضـمونه من قبـل بمجرد وجودهـا فیمـا بعـد، و کـذا الحال فی عقـد المکره، فلا وجه للقول بالکشف بمعنی تحقق المضـمون قبل ذلک، لأجـل تحققهـا فیمـا بعـد، نعم بمعنی الحکم بعـد الإجـازه بتحقّق مضـمونه حقیقه، مما لا محیص عنه بحسب القواعـد، فلو أجاز المالک مثل الإجازه الفضولیّه بعـد انقضاء بعض مـدّتها، أو الزوج، أو الزّوجه عقـد التّمتع کـذلک، ای بعـد انقضاء بعض المدّه، فیصح اعتبار الملکیه حقیقه للمسـتأجر، و الزوجیه لهما فی تمام المدّه الّتی قد انقضی بعضها، بل و لو انقضی تمامها، لتحقق منشأ انتزاعها.

فـان قلت: کیف یصـح هـذا، و کـان قبل الإجازه ملکا للموجر؟ و لم یکن هناک زوجیّه الّا انّه یکون مساوقا لکون شـی ء بتمامه ملکا لاثنین فی زمان واحد، و اجتماع الزّوجیه و عدمها کذلک، أی فی زمان واحد. قلت:

لاـ ضـیر فیه، إذا کـان زمـان اعتبار ملکیه لأحـدهما فی زمان، غیر زمان اعتبار الملکیه للآخر فی ذاک الزمان، لتحقق ما هو منشـأ انتزاعها فی زمان واحـد لکل منها فی زمانیین، و کـذا الزوجیّه و عدمها، و حیث لم یکن قبل الإجازه، ما یصح معه انتزاع الملکیّه أو الزّوجیه للمجیز من العقـد، لم یصـح الّا انتزاع ما صـحّ انتزاعه قله، و لما وجـد معها ما یصـحّ معه ذلک، کان اعتبار الملکیّه أو الزوجیه له من حینه حینئذ مما لا محیص عنه، ضـروره ان قضـیّه صـحه العقد و نفوذه بالإجازه، صحه اعتبار مضمونه، و صیرورته منشأ لانتزاعه و سیا لاختراعه، فیترتّب علی الملکیّه فی ذاک الزمان، أو الزوجیّه، کل ما کان لها من الآثار التی یمکن ترتّبها علیها فی الاـن. هـذا فیمـا إذا کـان العقـد من مثل الإجاره و التمتع، و کـذا إذا کان مثل البیع، و النکاح الـدّائم، فإن قضـیّه إطلاقها، هو القصد الی مضمونه مطلقا، و مرسلا بلا تحدید فی اوّله و لا فی

آخره، و لم يلحظ فيه تقييد و تحديد بزمان، الّا إرسال و الإطلاق، و لازمه تحقّقه مقارنا لزمان وجود علته، و هذا غير الإبهام و الإهمال الذى لا يكاد يصحّ العقد عليه، كما مر فى عقد المكره. و اما كشف الإجازه عن سبق العله التامه، كما يظهر من المحقق الثانى، و كذا اكشفها عن سبق الأثر مع دخلها فى التأثير، كذا النقل و الكشف الحكمى، كما افاده- ره- فعلى خلاف ما يقتضيه القواعد، لاقتضائها دخل الرّضاء و الطيّب فى التأثير، دخل الشرط المقارن، كما انّ قضيّه الصحه بعد لحوق الإجازه، هو تحقق مضمون العقد كما قصد على ما عرفت فلا بد فى المصير الى واحد منها، من دليل خاص، و ليس، فان ما افاده لا يوجب ظهور صحيحه ابى عبيده (۱) فى الكشف فان ما فى الكشف من المخالفه للقاعده، ليس بأهون مما فى العزل على تقدير عدم الحمل على الكشف. فتأمل.

قوله (ره): (كان العزل مخالفا لقاعده تسلط الناس- إلخ-).

و كان تلقى الزّوجيه لنصيبها من الورثه، لا من الميت، ثم لا يخفى ان ذلك انما يكون إذا قيل بدخول المعزول فى ملك الورثه، و الّا لم يلزم الّا مخالفه قاعده ما تركه الميت فلوارثه.

قوله (ره): (اما الثمره على الكشف الحقيقى بين كون نفس الإجازه- إلخ-).

لا- يكاد يظهر بينهما على الكشف ثمره عمليه أصلا كما لا يخفى. نعم فيما إذا شكّ فى لحوق الإجازه، لا بد من الرجوع الى أصاله عدم لحوقها، بناء على كون نفس الإجازه شرطا، و من الرجوع الى أصاله عدم تحقق ما هو سبب النقل من العقد الملحوق بالرضاء، بناء على كونها كاشفه عن السبب التامّ، فيتاوتان فى طريق إثبات حكم العمل مع انفاقهما فيه.

قوله (ره): (فإن الوطى على الكشف الحقيقى حرام ظاهرا، لأصاله عدم الإجازه- إلخ-).

لا يخفى انّ أصاله عدم الإجازه انما يجرى إذا كان نفس الإجازه

۱- وسائل الشيعه: ۱۵- ۷۱- ب ۵۸- ح ۲.

شرطـا، کمـا هو مبنی کلامـه (ره) «ظاهرا» و امّا إذا کانت کاشـفه عن السـبب التام فلا مجال لها بلا کلام، فلا بـد فی الحکم بأنّه حرام، من أصاله عدم ذاک العقد الخاص عند الشک، فی أنّ الموجود من أفراده أو من سائر أفراد العام.

قوله (ره): (و ضابط الکشف الحکمی، الحکم بعد الإجازه- إلخ-).

ضابطه انما یکون ذلک، إذا ساعـد دلیل علی ترتیب جمع الآثار، و الّا فلا بـدّ من الاقتصار علی مقدار یساعد علیه، أو متیقن منه، حیث لم یکن قبـل الإجـازه ملکیّه حقیقیّه علی هـذا الکشف، بل تنزیلیّه. و من هنا یظهر الإشـکال فی صـیروره الجاریه الموطوئه قبـل الإجـازه، أمّ ولـد. نعم جمیع الآثـار یترتب، بنـاء علی الکشف بـالمعنی الـذی ذکرنـاه، لاعتبار الملکیّه حقیقه من حین العقد بالإجازه، و من جملتها الحکم بصیروره الجاریه أمّ ولد. فتدبّر.

قوله (ره): (فان العقد تامّ من طرف الأصیل- إلخ-).

لاـ یخفی، انّ العقـد لو کـان تاما، نافـذا من طرفه، کان کـذلک علی النقل أیضا، ضـروره ان التفاوت بینهما فی دخل الرضاء فی التأثیر بنحو الشـرط أو المتأخّر، لا یوجب تفاوتهما فی تمامیه العقـد من طرف الأصـیل و عـدم تمامیته. نعم العقـد علی الکشف، بمعنی کون الإجـازه کاشـفا محضـا بلاـ دخـل فی التأثیر أصـلا، و ان کان تاما من طرفه علی تقـدیرها، الّا انه کـذلک من طرف الفضولی، و من هنا ظهر انّ ما جعله مبنیّ لجواز الفسخ من طرف الأصـیل علی النقل، لو صحّ، لکان موجبا لجوازه علی الکشـف أیضا، لاستواء نسبته إلیهما، کما لا یخفی.

قوله (ره): (بل مقتضی العموم وجوبه حتی مع العلم بعدم اجازه المالک- إلخ-).

لا یخفی، انّه لا وجه لوجوب الوفاء فی صوره العلم بعدمها أصـلا، ضـروره التّقیید بالإجازه، أو بما هی کاشفه عنه، أو محققه له، علی الاحتمالاـت فی الکشـف الحقیقی، فکیـف یجب الوفـاء فی هـذه الصوره علی الأصـیل، بنـاء علی الکشف المشـهودی، مع مساواته مع الکشف عند المعاصر

له فی التقییـد بهـا و هو منتف فی الصوره، و لو کـان المراد من الکشف المشـهودی، هو کشف الإجازه عمّا هو السـبب التّام، بلا دخل لها فی التأثیر، کما یـدلّ علیه قوله «فیما بعـد»، فالـذی یجب الوفاء به، هو نفس العقـد، من غیر تقیید، ضـروره ان مراده من نفی التقییـد، انمـا هو نفی التقییـد بالرضاء، و الّا فالتخصّـِص و التقیّـِد بما یکشف عنه الإجازه، مما لا محیص عنه، کما لا یخفی، فمع عدم الإجازه، لا یکون العقد الواقع، ذاک المقیّد أو الخاصّ، فلا یجب الوفاء به علی الأصـیل أیضا، و قد أشـرنا سابقا، و فی بعض الحواشی علی الخیارات، ان الأمر بالوفاء بالعقود فی الآیه (۱)، کنایه من تحقّق مضامینها، و هو مما لا یکاد یختلف بالنسبه إلی طرفیها، و بیّنا بما لا مزید علیه، انّه لا یصحّ ان یراد منه وجوب ترتیب الآثار، کی یمکن اختلافه بالنسـبه إلیهما، و بالنسبه إلی الآثار، کما افاده- ره- فراجع.

قوله (ره): (و اما علی المشهور فی معنی الکشف من کون نفس الإجازه شرطا لکون العقد (۲) مؤثرا- إلخ-).

ربّما یقال، انّ قضیه الشّرطیه ان یکون العقد المقیّد واجب الوفاء، لا نفس العقد، من غیر تقیید، کما هو واضح. اللهم الّا ان یقال، انّ الإجازه انّما تکون شـرطا و موجبا لصیروره العقد سببا، و عله تامه، لا جزء لها، و بعباره أخری، یکون شرطا لصیرورته مقتضیا، لا لاقتضائه، فتأمل.

قوله (ره): (و مقتضی الوفاء فی العقد حرمه رفع الید- إلخ-).

لا یخفی، انّ الوفاء بالعقد أو العهد، هو العمل علی طبقه، و المشـی علی وفقه، إذا کان مضمونه امرا اختیاریّا، کما فی نذر السبب و الفعل و الالتزام به، إذا لم یکن کـذلک، کما هو الحال فی العقود، و فی نـذر النتیجه، و قـد بیّنا فی غیر المقام، انّ الأمر بالوفاء بالعقود، کنایه عن صحتها و تحقّق مضمامینها، کما ان النّهی عن عقد، کنایه عن عدم تحقّق مضمونه، و عدم

۱- المائده: ۱.

۲- و فی المصدر:. لکون العقد السابق بنفسه مؤثرا.

نفوذه و صحته، و ليس بمعنى وجوب ترتيب الآثار، مع انّه لو كان بمعناه، فمن الواضح انّ وجوب ترتيبها، انّما يكون متفرّعا على صحته، و تحقق مضمونه، و لذا يكون دليله، دليلا عليه، و كيف كان، فلا يكون هناك دليل على نفوذ العقد فى خصوص ما عليه من الآثار دون ما له، كما فى دليل نفوذ الإقرار، بل مع تماميّه العقد بشرائطه و خصوصيّاته المعتبره فيه، فالدّليل قد دلّ على نفوذه مطلقا، و بدونها لا دليل على نفوذه أصلا، كما لا يخفى.

[و ينبغى التنبيه على أمور لبيان شرطها]

[الأوّل انّ الخلاف فى كون الإجازه كاشفه ليس فى مفهومها اللغوى]

قوله (ره): (الأوّل انّ الخلاف فى كون الإجازه كاشفه- إلخ-).

بل بعد الفراغ عن انّها إمضاء ما وقع من العقد بمضمونه، و الاتفاق على اتفاذه و الرضاء به، وقع الخلاف فى انّ قضيه الأدله تأثيره شرعا من حينه أو من حينها، فلو قصد المجيز إمضائه كذا، فلا إشكال فى صحّتها، و لو على القول الذى لا يوافقه، و لو قصد لا كذلك، فلا ينبغى الإشكال فى فسادها، و لو على القول الذى يوافقه، فليس المناط فى صحّتها و فسادها، مطابقتها لما هو المختار من القول بالكش أو النّقل أصلا، فلا وجه لما فرّع بقوله- ره- «فلو قصد المجيز الإمضاء من حين العقد- إلخ-» كما لا يخفى، حيث يظهر منه احتمال إناطه الصحه على كل قول بموافقه الإجازه له، بل الوجه ان يفرع ما فرّعناه، فتفطّن، و قد تقدّمت الإشاره الى ان تأثيره بنحو الكشف موافق لمضمون العقود، لا بنحو النقل.

[الثانى أنه يشترط فى الإجازه ان يكون باللفظ الدّال عليه]

قوله (ره): (و يشترط (۱) فى الإجازه ان يكون باللفظ الدّال عليه- إلخ-).

اعلم أنّ الحاجه إلى الإجازه، ان كانت لمجرد حصول الرّضاء و الطيّب بالعقد، فمن اعتبر فى نفوذ العقد رضاه، كما فى نكاح العبد بدون اذن سيّده، أو بيع الرهن للعين المرهونه بدون اذن المرتهن و نحوهما، فلحوق الرضاء بالعقد كاف فى تأثيره، كما فى عقد المكره، حيث يكفى فى تأثيره بمجرد لحوقه و ان كان لتصحيح استناد العقد الى المجيز مع ذلك، كما فى العقد على ما له بدون اذنه، فالظاهر انّ مجرد لحوق الرضاء به لا يصح الاستناد، بل لا بد فى

۱- و فى المصدر: انه يشترط.

صحته من إنشاء إمضاء العقد و أجازته. نعم فی کفایه إنشائه قلبا، أو لزوم إنشائه، و لو بفعل أو بلفظ و ان لم یکن بدال، و لو کنایه، أو لزوم إنشائه بلفظ دال، و لو بالکنایه، وجوه، لا یبعد ان یکون أوجهها کفایه الإنشاء القلبی، و قد انقدح بذلک ان کفایه مجرّد الرّضا فی بعض الموارد، لا شهاده فیها، لکفایته فی جمیعها، کما لا یخفی، کما لا شهاده فی کفایه السکوت فی الباکره علی کفایه مجرّد الرضا فان السکوت منها فی ذاک المقام إظهار الرضاء و إنشائه. فتدبّر جیّدا.

[الثالث من شروط الإجازه ان لا یسبقها الرّد]

قوله (ره): (الثالث من شروط الإجازه ان لا یسبقها الرّد- إلخ-).

الظاهر انّ اعتبار ذلک، انّما هو لأجل انّ الإجازه مع سبقه، لا توجب صحه إسناد العقد عرفا الی المجیز، فکما ان العقد الفضولی علی ما له یصیر عقد إله و مسندا إلیه بإجازته، کذلک یسقط عن قابلیته لذلک بردّه، فلا یضاف إلیه بالإجازه مع سبقه عرفا، و لا أقلّ من الشک فیه، و معه لا دلیل علی نفوذ هذا العقد علیه، فان التّمسک بالعمومات، یکون من باب التّمسک بالعام، فیما اشتبه صدقه علیه، فان المراد من العقود فی الآیه (۱)، عقود من لهم الولایه علی العقد، کما مرّت إلیه الإشاره، لا لأجل التعبّد به علی خلاف القاعده، فإنّه من البعید جدّا، اعتبار أمر زائد فی الفضولی، و مع ذلک لا یکاد یتحقق الإجماع، و لو من اتفاق الکلّ، لاحتمال ان یکون ذهاب الجلّ، بل الکلّ الی ذلک، لذلک. فتفطّن.

قوله (ره): (و قد تقرّر انّ من شروط الصیغه- إلخ-).

لا دخل لذلک فی المقام، ضروره ان اعتبار ذلک لتحقّق العقد هناک، و قد کان العقد محققا هیهنا، و الإجازه انّما تکون لتصحیح إضافته، لا لأصل تحقّقه، نعم لو قیل بمنع تحقق العقد من الفضولی بدعوی انّه یعتبر فی قوامه، صدور إنشائه، ممن کان له ولایه علی مضمونه، و لیس من الفضولی إلّا الإنشاء، و بالإجازه یصیر عقدا، و مضافا الی المجیز، کان له الدّخل، فان الرّد

۱- المائده: ۱.

على ذلک، یکون من قبیل ردّ الإیجاب قبل القبول، لکنّهم لا یقولون بـذلک و یقولون بتحقق العقـد من الفضولی، و ان احتملناه فی مجلس البحث. فتدبّر جیدا.

قوله (ره): (مع ان مقتضی سلطنه النّاس علی أموالهم (۱)- إلخ-).

لا یخفی انّه لیس من أنحاء السلطنه علی المال، السلطنه علی إسقاط العقد الواقع علیه من الفضولی عن قابلیه لحوق الإجازه، به، فـإنّه السلطنه علی الحکم، لا علی المال، مع انّه لو کان منها، لا دلاله لمثل النّاس مسـلطون الّا علی انّ المالک لیس محجورا عن التصرفات النافذه شرعا، و یکون مسلّطا.

و بعباره اخری، انّما یکون بصـدد بیان انّه السلطان علی التّصـرفات النافـذه، لا لبیان انّ له أنحاء السـلطنه، کی یمکن التّمسک به علی تشـریع نحو سـلطنه شکّ فی انّه یکون شرعا أو لا، کما لا یخفی، الا تری انّه لا مجال لتوهّم دلاله الناس مسلطون، علی مثل جواز وطی السـیّد عبـده، و انّه انمـا خصّـِص بالإجمـاع، فاحفـظ ذلک، ینفعک فی غیر المقام، و لعلّه أشار إلیه بالأمر بالتأمّل فی المقام.

[الرابع الإجازه أثر من آثار سلطنه المالک علی ماله]

قوله (ره): (و الإجازه أثر من آثار سلطنه المالک- إلخ-).

أی تأثیر الإجازه و نفوذها، فکما للمالک بیع ماله ابتداء، له ان یجیز ما وقع علیه فضولا، فبإجازته یصیر بیعه فینفذ.

قوله (ره): (فلو مات المالک لم یورث الإجازه- إلخ-).

و ذلـک لأنّهـا لیست مما ترکه المیت حیث انّها لیست بمال و لا بحقّ، بل من الأحکام، کما أشـرنا إلیه فی الحاشـیه السّابقه. نعم المـال الـذی بیّع فضولاـ یورث، فلکـلّ وارث اجـازه البیع فی خصوص ما ورثه، لو قیل بجواز المغایره بین المجیز و المالک حال البیع، بخلاـف مـا لو قیـل بـإرث الإجـازه، فـإنّه بعینه یکون کإرث الخیار، فیشترک جمیع الورثه فیها حتی من لیس له من المبیع نصیب، فقد ظهر بذلک الفرق بین إرث الإجازه وارث المال.

۱- و هذا مستفاد من روایه معروفه وردت فی البحار- ۲- ۲۷۲.

[الخامس إجازه البيع ليست إجازه لقبض الثمن]

قوله (ره): (لان مرجع اجازه القبض إلى إسقاط ضمان الثمن عن عهده المشترى- إلخ-).

لاـ يخفى ان ضـمان الثمن و المثمن قبل القبض و الإقباض، انّما هو ضـمان المعاوضه، و هو من الأحكام لا يرتفع بالإسـقاط، فلو أسـقطه المشترى أو البائع بعد البيع، لا يسقط، بل يكون تلف الثمن أو المثمن قبل القبض معه من مال البائع أو المشترى أيضا، و انّما السّاقط به الضـمان باليـد، فلو تلف المبيع بعد اجازه العقد لا يفسخ العقد، و لو أجاز المشترى القبض، لعموم قاعده كل مبيع تلف قبضه. لا يقال: انّ قبض الفضولى بالإجازه، صار قبض الأصـيل، فيكون التلف بـذلك تلفا بعـد القبض. فإنّه يقال: ليس كل فعـل يصـح انتسـابه الى غير مباشـره بإجـازته، و القبض لم يعلم انّه من قبيـل العقـد، و البيع، و نحوهمـا مما يصـحّ انتسابه الى غير المباشر بالإجازه، أو من قبيل الأفعال الخارجيّه الّتى لا يحدث له بذلك انتساب، كالأكل، و الشّرب، و غيرهما، كما لا يخفى، بل دعوى انّه مثلها، غير مجازفه، و مجرد الفرق بينه و بينها، من لزوم المباشـره فيها فى صـحه انتسابها، و عدم كفايه النيابه، و الوكاله فيها، أصـلا، بخلاف القبض، ضـروره كفايه الوكاله فى صحه انتسابه، غير مجد فى صحه الانتساب بمجرد الرضا، و الإجازه، بعد عدم صدوره منه تسبيبا و لا مباشره، و لا يبعد ان يكون مورد الإجازه، هو خصوص العناوين الاعتباريه المنتزعه من أسباب خاصه يتوسّل بها إليها، كالبيع، و العقـد، و المبيعه، و نحوها، مما يتوسل إليها بأسـباب خاصه صادره ممن يقوم بها حقيقه، أو من غيرها وكـاله، أو فضوله مع لحوق الإجـازه بها، فالبيع و العقـد حقيقه يقوم بالموكّل، و المجيز، و ينسب إليهما، حيث ترى صـحّه اعتبار العقـد، و البيع و انتزاعهـا بالإجـازه للمجيز، مثـل اعتبارهمـا للأصـيل، أو لغيره بالتّوكيـل، و هـذا بخلاـف نفس الأفعال الخارجيّه، كالقبض، و الإيجاب، و القبول، فإنّها لا يكاد ينسب الى غير المباشـره إلا تسبيبا، و لا مباشـره و لا تسبيب هيهنا من المجيز أصلا، كما لا يخفى.

نعم لا يبعد كفايه اجازه قبض الفضولى فيما إذا كان العين فعلا تحت

یـده، بحیث کـان بقائهـا تحتهـا بـاذنه و رضـائه، و هـذا فی الحقیقه لیس من کفـایه قبض الفضول، بل کفایه القبض بالإذن، فإنّ القبض و ان کـان حـدوثا فضوله، الّـا انّه بقـاء یکون عن اذن و اجـازه، هـذا کله بنـاء علی اعتبـار قبض المشـتری فی رفع ضـمان المعـاوضه، لکنه من المحتمل کفایه تخلیه المالک و تسـلیمه و ان لم یقبض المشتری. قال العلامه ره فی التـذکره (۱): لو أحضر البائع السلعه، فقال المشتری فضعه، ثم القبض، و تمام الکلام فی القبض.

قوله (ره): (و إتمام الدلیل علی ذلک، لا یخلو عن صعوبه- إلخ-).

سیّما مع ما عرفت، من انّ القبض بالإجازه، لا یصیر قبضه، و لا یصح انتسابه الیه، لا مباشره و لا تسبیبا. نعم لو کان المقبوض باقیا فی یـده الی زمان لحوق الإجازه، لا یبعـد کفایته فی تشـخّصه، لکنه لیس من باب تأثیر قبض الفضول بالإجازه، بل من باب تأثیر القبض بالرضاء، و الاذن، کما عرفت.

قوله (ره): (کان اجازه العقد، اجازه للقبض- إلخ-).

لاـ یقـال: انّه قـد سبق الإشـکال فی تـأثیر الإجـازه فی قبض الفضول، فـإنه یقـال: نعم، لکنه فیمـا یحتـاج الی قبض المجیز، و فی الصـرف و السـلّم، لا یحتاج الیه، بل الی القبض من المتعاملین، و الإجازه فیهما، انما یکون متعلقا بنفس البیع و العقد الحاصـلین، من الإیجاب، و القبول، و القبض فی المجلس، کما فی غیرهما، لا بنفس القبض.

و بـالجمله، حـال القبض فیهما، حال الإیجاب و القبول، و قـد عرفت ان الإجازه فی الحقیقه، لا تلحقهما، بل ما یتسـبّب منهما من البیع و العقد.

فافهم. و منه انقـدح عـدم الحاجه الی إثبات کون اجازه العقد. فیهما اجازه للقبض، و الّا فلا شـهاده فی لزوم لغویته لولاه علیه، ما لم یکن هنـاک لهـا دلاـله بحسب متفاهم العرف علی کونها اجازه له أیضا، و الّا فلیس لزوم اللغویه بمحـذور بالنسـبه إلی إجازه المجیز، کما لا یخفی.

۱- التذکره (کتاب البیع) ۱- ۴۷۲.

[السادس الإجازه ليست على الفور]

قوله (ره): (تداركه بالخيار، أو إجبار المالك- إلخ-).

وجه الترديد، أو التّخيير، انّ المنفى بقاعده نفى الضرر، و هو الحكم الضررى عنده. و امّا بناء على ما هو المختار، من انّ المنفى هو حكم الأمر الضررى بنفى نفسه، فالمتعيّن تداركه بالخيار، حيث كان العقد من طرف الأصيل لازما، فاذا صار ضرريّا، انقلب جائزا، فلا مجال لاحتمال الإجبار، و فيما علّقناه على مسأله خيار الغبن، ما يناسب المقام، فراجع.

[السابع هل يعتبر فى صحه الإجازه مطابقتها للعقد الواقع أم لا]

قوله (ره): (هل يعتبر فى صحه الإجازه مطابقتها- إلخ-).

لا ريب فى اعتبار المطابقه فى الصحه، و الّا لزم تأثير ما لم يقع أو ما لم يجز. نعم لو كان العقد ينحلّ الى العقود، كما فى العقد على صفقه واحده، فلا بأس بإجازته بالنسبه إلى بعضها، فإنها و ان لم تطابق العقد على تمامها، الّا انّها مطابقه لما انحلّ اليه من العقد على بعضها، و هذا خلاف ما إذا عقد على الشرط، و أجيز بدونه، فإنه لا تطابقه، إلّا إذا قيل بالانحلال فيه أيضا، و سيأتى الكلام فيه فى باب الشرط الفاسد، فتأمل.

قوله (ره): (أو بطلانها، لأنه إذا لغا الشرط، لغا المشروط، لكونهما التزاما واحدا- إلخ-) (۱).

هذا كما فى الشرط الفاسد فى العقود، فإنّه توجب فسادها بناء على وحده المقصود فيها. و قد يقال: بالفرق بينهما بان العقد مع الشرط على هذا، انما يكون عقدا خاصا، اما ان يمضى، أو يرد، فلا مجال للتّفكيك، الّا تعبّدا على خلاف قاعده «العقود تابعه للقصود»، و هذا بخلاف الإجازه معه، فان الشرط إذا كان حاصلا من باب الاتفاق، و لو لم يكن نافذا شرعا، كانت الإجازه مؤثره، فإنّها بوجودها يؤثر فى انتساب العقد الى المجيز، لا بصحّتها، فلا يلزم من تأثيره و عدم نفوذه و صحته، التّفكيك اللازم، من صحه العقد و فساده.

لا يقال: ان الإجازه كما تحقق الإضافه و الانتساب كذلك يحصل

۱- و فى المصدر: لكون المجموع التزاما.

بها الرضاء الذى لا بد منه فى صحه المعامله، و مع فساد الشرط الذى هو قيدها، لا يكون منه رضى بالمعامله.

فإنه يقال: الإجازه انّما تكون مقيّده بالشرط، و قد حصل على الفرض، فكما يحصل فى الفرض بها الانتساب و الإضافه، يحصل بها الرضاء، كما لا يخفى. فتدبّر جيّدا.

[و أمّا القول فى المجيز]

[الأوّل يشترط فى المجيز أن يكون حين الإجازه جائز التصرف]

قوله (ره): (و لا فرق فيما ذكرنا بين القول بالكشف و النقل- إلخ-).

فإنه على القولين يكون للإجازه دخل فى السبب، غايته بنحو الشرط المتأخر على الكشف، و الشرط المتقدم على النقل. نعم على الكشف الحقيقى الذى لا يكون للإجازه دخل أصلا فى السبب، بل كانت كاشفه عن تمام السبب، لا يكون حينئذ تصرّفا ماليّا، فينعقد ممن حجر عليه فى ماله.

[الثالث لا يشترط فى المجيز كونه جائز التصرف حال العقد]

[المسأله الثانيه فى من باع شيئا ثم ملك]

قوله (ره): (و ربّما لا يجرى فيه بعض ما ذكر هناك- إلخ-).

أى بعض ما ذكر فى مقام التّفصى عمّا أشكل به فى نفوذ الإجازه فى بيع الفضول لنفسه، و لا أظنّ بذلك، بل لا يجرى فيه بعض الإشكالات الجاريه هناك، كما افاده- ره-، لعدم مخالفه الإجازه لما قصده المتعاقدان هيهنا، فلا يحتاج الى التكلف بما سلف فى التّفصى عنه، و لكنّه ربّما يشكل هيهنا بمخالفه الإجازه لما قصده المتعاقدان أيضا، فإن المنتقل عنه المبيع، و المنتقل اليه الثمن، انما هو المالك الحقيقى حين البيع، غايه الأمر ان البائع إنّما قصده لنفسه بدعوى، أو اعتقاد انّه هو، و هو غير المالك حين الإجازه، و هو البائع، فتكون الإجازه مخالفه لما قصداه، حيث قصد البيع عن المالك حين البيع بإزاء الثمن له، و قضيّه الإجازه نفوذه للمالك حين الإجازه، و هو الفضول، فيكون المنشاء غير المجاز، فتأمل جيّدا.

هذا بناء على اعتبار لحاظ طرفى النّقل من المنقول عنه، و المنقول إليه فى البيع، كما هو كذلك، لانّه اعتبار خاصّ، و اضافه خاصه، و لا يكاد يتحقّق القصد إليها بالجدّ، الّا مع تعيين المضاف، و المضاف اليه، و ليس هو المالك الكلى، كى ينطبق على الأصيل فى زمان، و على الفضول فى زمان آخر، بل هو شخص المالك حين العقد، فافهم.

قوله (ره): (و فيه انّ الثابت هو اعتبار رضاء من هو المالک حال الرّضاء- إلخ-).

و فيه ان الإجازه، كما أشرنا إليه سابقا، كما لا بـدّ منها، لأجل الرّضاء و الطيب، كـذلک لا بد منها لأجل تصـحيح انتساب العقد الى المجيز، و لا يكاد يصحّ الانتساب اليه فيما إذا وقع لغيره بإجازته.

قوله (ره): (فيلزم كونه بعد العقد ملک المالک و المشترى- إلخ-).

و دفعه بـالتزام كونه ملكـا للمشترى وحـده فى صوره اجـازه المالـک، و كفايه ملكه السّابق على العقـد فى نفوذ إجازته اللاحقه، فتأمل.

قوله (ره): (نعم لو فرضنا قصد المالک فسخ العقد (۱)- إلخ-).

مع انه يمكن ان يقال: ان فسخ المالک و ردّه بالقول أو بالفعل، لا يكون الا فسخا و إبطالا، لأثر العقد بالإضافه إلى المالک حين العقـد لاـ مطلقـا، و ذلـک لانّ وجه مانعيّه الردّ عن لحوق الإجازه، إمّا الإجماع، أو حـديث سـلطنه المالک، على قطع علاقه الغير على ماله، أو كون الرّد سببا لعدم حصول اضافه العقد الى المجيز بعده، و القدر المتقين من الإجماع، هو كـون الرّد مانعا بالنسـبه إلى الرّاد، لا بالنسـبه إلى غيره، و السـلطنه غير مقتضـيه لقطعها أصلا، كيف و الّا كانت مقتضيه لعدم تعلّقها به بدون اذنه و رضاه من رأس، بطريق اولى، كمـا لاـ يخفى، و السّـِر أنّ مجرّد العقـد عليه، و بقاء أثره الى ان تلحقه الإجازه، ليس بتصـرف فى المال، كى يكون للمالـک منعه، أو رفعه، و قطعه، و لو سـلّم، فتسـلّطه على القطع، انّما يكون بالإضافه إليه، لا الى غيره ممّن حصـلت له علقه بملاحظه القواعد، و الرّد إن منع عن حدوث الانتساب بعده، انّما يمنع عنه بالنسبه إلى الرّاد، لا غيره، فتأمّل.

قوله (ره): (و الجواب عن العمومات- إلخ-).

و ربّمـا يجـاب بـانّ موجبها، ليس الّا عـدم تحقق البيع، و الإرشاد الى عـدم تحققه بلا تملّک، و هيهنا يقول بموجبها، إذ لا يكون بيع، و تمليک

۱- و فى المصدر: نعم لو فرضنا قصد المالک من ذلک الفعل فسخ العقد.

حقيقه، قبل الملك، و انّما يكون بعده، و بعد الإجازه، فلا يكون القول بحصول البيع و التمليك بعدها مخالفا لها، كما لا يخفى. فتدبّر جيّدا.

قوله (ره): (فلو باع عن المالك، فاتفق انتقاله إلى البائع فأجازه، فالظاهر أيضا الصحه- إلخ-).

لاـ يخفى، ان عـدم مطـابقه المنشـاء و المجـاز هيهنـا، أظهر ممّـا إذا قصـد البيع لنفسه، ثم ملـك، و الظاهر عـدم نفوذ إجازته فى الصّورتين، لعدم المطابقه بينهما فيهما، كما عرفت فى الصوره الأولى.

قوله (ره): (و المقام، مقام استصحاب حكم الخاص، لا الرجوع الى حكم العام، فتأمّل- إلخ-).

لاـ يخفى، انّ خطـاب «أَوْفُوا» لاـ يعمّ من ليس له الولايه على العقـد، و ان كان عاقـدا، فليس المقام من ذاك المقام، بل من باب اختصاص العام، و لو سـلّم انّه من باب تخصـيص العام، فوجوب الوفاء، و ان كان كما افاده- ره- لما أشير إليه غير مرّه، من كون الوفاء امرا واحدا مستمرا، لا يرجع الى عدم دليل وجوبه بعد انقطاعه، تخصيصه، الّا انّه إذا كان تخصيصه بعد العمل به أولا، و امّا إذا كان تخصيصه ابتداء، فالمرجع هو لا حكم العام، لما نبّهنا عليه فى غير مقام، و لعلّه أشار الى بعض ذلك، بامره بالتأمل.

[المسأله الثالثه ما لو باع معتقدا لكونه غير جائز التصرف فبان كونه جائز التصرف]

قوله (ره): (فلا ينبغى الإشكال فى اللزوم حتّى على القول ببطلان الفضولى- إلخ-).

فـإنّه ليس من الفضولى، حيث وقع ممّن بيـده امره، نعم يشـكل فيمـا كـان جواز تصـرّفه من جهه ولايته كالأب و الجـدّ مثلا، بان منصرف أدله نفوذ تصرّفات الولىّ، غير ما إذا كان تصرفه كذلك، اى باعتقاد انّه غير ولىّ، و غير جائز التّصرف. فتأمل.

قوله (ره): (فالظاهر أيضا صحه العقد- إلخ-).

بل الظاهر بطلانه و لو أجاز، لمخالفه الإجازه للعقد، و استلزام صحته، لعدم تبعيّته للقصد، حيث قصد لنفسه، و وقع بإجازته لغيره. فتأمّل.

قوله (ره): (لأنّه إنّما قصد نقل المال عن الأب لا عنه- إلخ-).

فلا- يجدى إجازته أيضا فى صحته لمخالفتها له، و استلزام الصحه لعدم التبعيّه كما عرفت. و دعوى كون المقصود، إخراج الملك عن ملك مالكه، غايته اعتقد أنّه غيره، فلا يلزم عدم المخالفه، و لا عدم التّبعيه، مدفوعه بان المقصود فى البيع، إخراجه عن شخص غيره، غايه الأمر ان اعتقاد كونه مالكا يدعوه الى قصد ذلك، كيف يكون قصده الإخراج عن المالك كائنا من كان، و هو لا يكاد يقصد الإخراج عن نفسه، لو علم كونه مالكا، و الإجازه مع المخالفه، لا تجدى أيضا فيما اعتبر فى الصحه من الطّيب به بما هو بيع. و من ذلك انقدح الإشكال فى الصوره الأخيره، حيث انّه يلزم من صحه العقد فيها، عدم تبعيّته للقصد أيضا، و عدم توقّفها على رضى المالك من حيث انّه مالك لو لم يجز، بل و لو أجاز لمخالفه المجاز للمنشإ، كما عرفت. فتأمل جيّدا.

[و امّا القول فى المجاز]

[الأول يشرط كونه جامعا لجميع الشروط المعتبره فى تأثيره عدا رضا المالك]

قوله (ره): (الأول يشرط كونه (۱) جامعا لجميع الشروط المعتبره فى تأثيره- إلخ-).

و ذلک ضروره أنّ البحث فى الفضولى، فى انّ رضاء اللاحق هل هو كاف، كالمقارن فى العقد الجامع لسائر الشروط أولا، فلا إشكال فى اعتبارها فى الحكم بصحته مع الإجازه، انّما الإشكال فى انّ العبره باجتماعها حال العقد، أو الإجازه، أو هما، و لا يخفى انّه لا- بدّ من ملاحظه أدلتها، فربّما يختلف بحسب دلالتها، و لا يهمنا بيان ذلک فى المقام، لعدم اختصاص ذلک به، و جريانه فى غير المقام.

[الثانى هل يشترط فى المجاز كونه معلوما للمجيز بالتفصيل]

قوله (ره): (إلا إذا بلغ حدّا لا يجوز معه التوكيل- إلخ-).

لا- وجه لهذا الاستثناء، لعدم تخديد فى الشرع له، بحيث يجوز التوكيل فى غير المعيّن ما لم يبلغه، و لم يجز إذا بلغه إن كان الجهل فى الموكّل فيه مانعا عن صحه التّوكيل، و نفوذه كان مطلقا مانعا، و الّا فلا يكون مانعا كذلک،

۱- و فى المصدر: الأول يشترط فيه كونه جامعا.

و الظاهر نفوذه فيه مع إطلاقه و تعميه، بحيث يعمّ أىّ شى ء كان غير المعيّن.

نعم التوكيل فى أحدهما بلا تعيين و لا تعميم فاسد، غير نافذ فى واحد منهما، و ذلك لعدم تعيّنه واقعا، بخلاف غير المعيّن، لتعيينه واقعا، فيشار اليه بنحو من الإشاره.

قوله (ره): (الّا انّها فى معناها، و لذا يخاطب المجيز (۱) بالوفاء- إلخ-).

يمكن ان يقال: انّها و إن كانت فى معناه، إلّا أنّ التعليق الممنوع، ما إذا كان على ما ليس ممّا لا بدّ منه، و من الواضح وقوع العقد ممّا لا بدّ منه عقلا فيها، مع انّ المنع عن التّعليق، انّما هو بالإجماع، و القدر المتيقن منه التّعليق فى نفس العقد، لا فيما هو بمعناه، و لعلّه أشار إليه بأمره بالتّأمل.

[الثالث المجاز إمّا العقد الواقع على نفس مال الغير و إمّا العقد الواقع على عوضه]

قوله (ره): (اما ان يكون المجاز أوّل عقد وقع على المال- إلخ-).

محل الكلام، ما إذا كانت العقود مترتبه، و امّا إذا كانت غير مترتّبه من فصول واحد، أو متعدد، فلا يكون الصحيح منها إلّا ما أجازه أولا، و لو كان هو العقد الأخير، و معه لا يبقى مجال للإجازه غيره. نعم يكون لمن انتقل اليه المال، اجازه واحد أخر منها مطلقا على النقل، و خصوص العقد السّابق على الكشف، بناء على كفايه كون المجيز جائز التّصرف حال الإجازه، و العقد اللّاحق عليه مطلقا، فإنّه جائز التّصرف حاله أيضا. فافهم.

قوله (ره): (فهى ملزمه للعقود السّابقه- إلخ-).

لتوقّف صحته على صحتها، فإجازته و إمضائه، لا يكاد يكون الّا باجازتها و إمضائها، و الّا لكانت لغوا، فهى موجبه لصحه الأوّل فالأوّل، الى أن تصل النّوبه إلى المجاز، و هذا على الكشف لا اشكال فيه، و امّا على النّقل، فيشكل بانّ المجيز لم يكن بجائز التصرف أصلا، لا حال العقد، و لا حال الإجازه فيها، إلّا العقد الأوّل على نفس ما له، فلا بدّ عليه من اجازه اللّاحق بعد اجازه السابق، فتأمل جيدا.

۱- و فى المصدر:. يخاطب المجيز بعدها بالوفاء.

قوله (ره): (و للعقود اللّاحقه إذا وقعت على المعوض- إلخ-).

فإنه بالإجازه صار ملكا لبائعه على الكشف، فوقع البيع عنه فى حال ملكه، و على النقل تبنى صحته على صحّه بيع من باع ثم ملك بالإجازه أو بدونها، كما تقدّم. و بالجمله كلّما كانت صحه إجازه عقد متوقّفه على صحه ما يترتب عليه من العقود السابقه، أو منقحه لوقوع ما يترتب عليه من العقود اللّاحقه من الأصيل، فهى موجبه لصحتها أيضا، و ما ليس بذا، و لا بذاك منها، فلا يكون مصححه له، كما لا يخفى. فتأمل، كى لا يختلط عليك الأمر.

قوله (ره): (كان اجازه وسط منها فسخا لما قبله، و اجازه لما بعده- إلخ-).

امّا كونها فسخا لما قبله، فلتوقّف صحته المجاز على بطلانه، فتصحيحه بالإجازه، يلازم فسخه و إبطاله، و امّا كونها اجازه لما بعده، اى مصحّحه له فلكونها متّضحه، لوقوعه عن الأصيل بناء على الكشف، و امّا على النقل، فمبنىّ على مسأله (من باع ثم ملك). فتأمل جيدا.

قوله (ره): (و ان وقعت من شخص واحد انعكس الأمر- إلخ-).

اى ان وقعت العقود على مال المجيز ببدله و عوضه، لا خصوص شخصه، انعكس الأمر فى الجمله، لا كليّا، و ذلك لأنّها و ان كانت مصححه لما قبله، الّا انّها لتوقّف صحته على صحته، ليست فسخا لما بعده، بل يكون موقوفا على أجازته، على الكشف، و كذا على النّقل، بناء على كفايه جواز التّصرف فى مال الإجازه.

قوله (ره): (و إذا تحقّق الرّد، انكشف كون ذلك تسليطا من المشترى على ماله- إلخ-).

لكنه يشكل بأنّه، و ان انكشف كونه تسليطا من المشترى على ماله، الّا انّه بناء على الكشف غير نافذ، لكون تصرّفاته فيه غير جائزه، كما تقدم، إلّا ان يقال: إنّها و إن لم تكن جائزه، الّا انّها نافذه مع الرّد. فتأمل.

قوله (ره): (نعم یمکن ان یقال: حکم الأصحاب بعدم استراد الثمن- إلخ-).

حاصله منع کون التّسلیط علّه تامّه، بل تأثیره مشروط بردّ مالک المبیع، کما یمکن ان یقال: انّه بالعقد الفضولی ملک ان یملک الثمن، فهو مانع عن تأثیره، ما لم یقع من العین بالرّد، فافهم.

قوله (ره): (وجب الاقتصار فیه علی المتّقین- إلخ-).

بل المتیقّن من حکمهم ان التّسلیط مع العلم بالغصب، موجب لعدم الضّمان مطلقا، و لو أتلف، و هو لیس علی خلاف القاعده، فإنّ دلیل الضمان، مثل (علی الید) (۱) و (من أتلف) (۲) منصرف عمّا إذا سلّطه المالک علیه بالتّصرف و لو بالإتلاف، و لو کان بعوض مال الغیر، و عدم التّضمین أعمّ من التّملیک، فافهم.

[مسأله فی أحکام الرد]

اشاره

قوله (ره): (و شبه ذلک مما هو صریح فی الرّد- إلخ-).

أو ظاهر فیه فان العبره، انّما هو بالرّد و الظّهور حجه علیه، و مع إحرازه بالحجه، لا یبقی مجال، لأصاله بقاء القابلیّه، لأن إجماع، انّما یکون علی ارتفاع القابلیّه بالرّد، و هکذا لو کان وجهه انّ العقد بعد الرّد، لا یضاف بالإجازه إلی المالک المجیز، و لا یبعد ان یکون مراده من الصّریح ما یعمّ الظاهر.

فتأمّل.

قوله (ره): و کذا حصل بکلّ فعل مخرج له عن ملکه بالنّقل أو الإتلاف- إلخ-).

لا ریب فی ذلک فی الجمله علی النّقل، فإنّه خرج قبل الإجازه عن ملکه و صار لغیره، نعم ربّما یشکل فی مثلا الإتلاف، فإنّه لا ینافی الإجازه، غایه الأمر یتنزل الی البذل من المثل أو القیمه، کما فی الفسخ بالخیار، و فی

۱- و هی قاعده: علی الید ما أخذت حتّی تؤدی، المأخوذه من الروایات (المستدرک ۳- ۱۴۵).

۲- و هی قاعده: من أتلف مال الغیر فهو له ضامن، المأخوذه من الروایات (فی معناها روایات مختلفه فی الدیات و الشهادات و الإجاره و غیرها و هذه العباره لم توجد بعینها فی روایه).

صوره تلف العوضين، أو أحدهما، إلّا إذا تشبّث بذيل الإجماع على اعتبار بقاء العوضيين هيهنا ان تمّ، لكنّه بعيد، و امّا على الكشف فمجرّد نقله عن ملكه لا- ينافى صحه المجاز، نعم صحته ينافيها، فلا بدّ فى حصول الرّد به من إثبات صحته، و الّا فمن الممكن، كشف صحه المجاز و فساده، و لا دليل على الصّحه إلّا الإجماع ان تمّ، و من هنا ظهر حال مثل التّلف أو الإتلاف على الكشف. فتأمل.

قوله (ره): (الّا انه مخرج له عن قابليّه وقوع الإجازه- إلخ-).

هذا على الكشف دون النّقل، ضروره انّه غير مخرج له عن وقوع الإجازه من حينها، إذ لا منافات بين صحّه عقد الإجازه منه، و صحه المجاز من حينها، غايه الأمر لزوم كون المبيع مسلوب المنفعه فى مدّتها، و هو لا- يوجب الّا الخيار فى بعض الصّور، و هكذا الحال فى تزويج الأمه، فافهم.

قوله (ره): (و حيث لا سبيل إلى الأخيرين- إلخ-).

يمكن ان يقال: انّه و ان لم يكن سبيل إلى الإبطال، لعدم دليل عليه، إلّا ان وقوع المنافى الأخر على غير وجهه، بان يقع المجاز لا من حينه، بل من حين انقضاء مدّه الإجازه ممّا اليه سبيل، فان العقد بالإجازه انّما يؤثّر من زمان لا مانع عن تأثيره، كما أسلفه- ره- فى مقام التّفصى عن إشكالات تأثير الإجازه فى مثله ممن باع ثم ملك مرارا.

قوله (ره): (نعم لو انتفع المالك بها قبل الإجازه- إلخ-).

ربّما يشكل بان وجه منافاه مثل البيع قبل الإجازه، يعمّ مثل السّكنى، و ذلك لما عرفت ان صحّه البيع، ينافى صحّه العقد لا نفسه و لم يكن وجه لصحته إلّا الإجماع على نفوذ تصرّفات المالك قبل الإجازه، و انّها كتصرفات سائر الملاك، و منها سكناه، فلا اجره عليه، كما لا- يخفى، فلا- وجه لا ثبات الأجره على مثلها، فاذا لم يكن عليه اجره، فكانت منه كذلك منافيه لصحه المجاز على الكشف، ثم لا يخفى انّه لا يوجب ذلك عدم نفوذ الإجازه على الكشف رأسا، لأجل تحقّق هذا المعنى، اى كون تصرّفه، كتصرف سائر الملّاك، و كتصرّفه قبل العقد من الفضول، فان منافات التّصرفات، لصحته

و نفوذه من المجیز لنفوذه الإجاره، لا یستلزم عدم نفوذها بدون التصرف، فافهم.

[بقی الکلام فی التصرفات غیر المنافیه لملک المشتری]

قوله (ره): (کتعریض المبیع للبیع ان البیع الفاسده (۱)- إلخ-).

لا ریب فی انّه لیست بحکم الرّد إذا لم یکن عن التفات، و کذا معه إذا کان بقصد الاختیار، و انه یشتری بأزید مما بیع فضولا لیبیع، و الّا أجاز، و اما بقصد الإعراض عنه، فان کان المنشأ فی رفع القابلیّه بالرّد، هو الإجماع علی ذلک، فالقدر المتیقن منه الردّ القولی، و ان کان هو ارتفاع قابلیّه العقد، لأن یضاف الی المالک بعده بالإجازه عرفا، فالظّاهر عدم التفاوت بینه و بین الرّد الفعلی فی ذلک عند أهل العرف قطعا، و لا یبعد ان لا یکون مدرک للإجماع لو کان الا هذا، و الّا فمن البعید جدّا فی مثل المقام، ان یکون من مدرک أخر تعبّدی علی خلاف القاعده، فتأمل جدا.

[مسأله لو لم یجز المالک فله انتزاع المبیع ممن وجده فی یده]

[المسأله الأولی أن المشتری یرجع بالثمن علی الفضولی]

قوله (ره): (فان تملکه البائع قبله، یلزم فوات محل الإجازه- إلخ-).

قد عرفت انّ فوات محلّ الإجازه بذلک، انّما هو علی النّقل لا علی الکشف، و لعله المشهور بین الأصحاب، فلا یلزم من القول به علی النقل مخالفه المشهور، و لعلّه أشار إلیه بأمره بالتأمّل.

قوله (ره): (و وجهه کما صرّح به بعضهم کالحلّی، و العلامه، و غیرهما، و یظهر من اخیرین (۲) انّه سلطه علی ماله بلا عوض- إلخ-).

و مع التّسلیط کذلک، لا یعمّه دلیل الضّمان و الإتلاف، مثل (علی الید) (۳) و (من أتلف) (۴) کما عرفت، و الّا فدعوی تخصیصه بفحوی ما دلّ علی عدم ضمان من استأمنه المالک، ممنوعه، لعدم تنقیح ما هو المناط فی

۱- و فی المصدر: کتعریض المبیع و البیع الفاسد.

۲- و فی المصدر: و وجهه. و یظهر من آخر أیضا انه سلطه علی ماله.

۳- و هی قاعده: علی الیه ما أخذت حتّی تؤدّی، المأخوذه من الروایات (المستدرک- ۳- ۱۴۵).

۴- و هی قاعده: من أتلف مال الغیر فهو له ضامن، المأخوذه من الروایات (فی الدیات- و الإجاره و الشهادات و غیرها).

باب الاستیمان، کی یری تحقّقه فی هذا الباب بطریق اولی، کما لا یخفی.

لا یقال: هذا إذا سلّط البائع، و ما سلّط الّا علی ملکه فی الحقیقه، و قد عرفت انّه انّما ملک المالک، غایه الأمر انّه و البائع قد بیّنا علی مالکیه البائع.

فإنه یقال: التّسلیط لیس من الأمور الاعتباریّه الإنشائیّه، کالتّملیک یتّبع القصد، و البناء، بل من الأمور الخارجیّه، و لا شبهه انّه قد سلّط شخصه و نفسه، و لو بعنوان انه المالک، و لم یسلّط من هو المالک أصلا، و هذا واضح.

قوله (ره): (نعم لو کان فساد العقد لعدم قبول العوض للمالک- إلخ-).

هذا علی إطلاقه مشکل، و انّما یتمّ فیما لا یقبل الملکیه عرفا و شرعا، دون ما یکون ملکا عرفا، فان التّسلیط لیس بمجانی حینئذ، کی یمکن الحکم بعدم الضمان، بتقریب قد مرّ، و عدم إمضاء الشارع لمالیّته و ملکیّته، لا یستلزم کون التّسلیط من المالک بلا عوض. فتدبّر.

[المسأله الثانیه إذا اغترم المشتری للمالک غیر الثمن]

اشاره

قوله (ره): (و بالجمله فالظّاهر عدم الخلاف فی المسأله للغرور- إلخ-).

و قد ذکر لقاعده الغرور وجوه (أحدها) الخبر المرسل المعروف و هو «ان المغرور یرجع الی من غرّه» (۱) (و ثانیها) دعوی الإجماع محصّلا و منقولا.

(ثالثها) انّ المغرور و ان کان مباشرا للإتلاف، الّا انّه ضعیف، و السبب و هو الغار أقوی. (رابعها) قاعده الضرر و الضرار (۲)، لوضوح کون الغار سبب لضرر المغرور، حیث انّ ظاهر نفی الضّرر، انّ من أوجب الضرر فهو ضامن له.

قیل کما دلّ علیه خبر «من أضرّ بطریق المسلمین فهو ضامن» (۳).

۱- الجواهر- ۳۷ - ۱۴۵ (کتاب الغصب). صرح بعض الأعاظم فی هامش الجواهر بانا لم نعثر علی هذا النص من أحد المعصومین (ع) و ان حکی عن المحقق الثانی (ره) فی حاشیه- الإرشاد انه نسب إلی النبی (ص)، و الظاهر انه قاعده مستفاده من عده روایات وردت بعضها فی التّدلیس.

۲- المستفاد من الروایات المذکوره فی وسائل الشیعه: ۱۷- ۳۴۰- ب ۱۲.

۳- وسائل الشیعه: ۱۹- ۱۸۱- ب ۹- ح ۲.

قلت: لا يخفى انّ الخبر لا يصلح للاستناد اليه، لضعفه، و الإرسال، و دعوى الانجبار بالاشتهار، و ان لم يوجد فى كتب الاخبار، و كون مضمونه متّفق عليه بن أصحابنا الأخيار، قابله للمنع، لعدم إحراز استنادهم اليه، بل إلى قاعده كون السبب أقوى، أو الضرر و الضرار، كما لا يخفى. ثم لو سلّم انجباره به، فالظاهر اعتبار العلم فى الغار عند إطلاق نسبته اليه، كما فى الخبر، لو لم نقل باعتباره فى حقيقته، و كان مثل نسبه الغرور الى مثل الدّين بنحو من العنايه، كما لا شبهه فى اعتبار جهل الغرور فيها، و عليه يختص بما إذا علم البائع بالحال، بل مع علمه بجهاله المشترى، أو احتماله لها، إذ بدون ذلك، لم يكن الغرور منه، و هو ظاهر النّسبه. و منه قد انقدح انّ الغرور، غير الغرر، بمعنى الخطر المنهى عنه مط، أو عن بيع الغرر فى الخبر، كما يوهمه كلامه رفع مقامه، فافهم.

و ان دعوى الإجماع فى مثل المسأله، ممنوعه، لاحتمال ان يكون الاتّفاق لو سلّم، لأجل قاعده الضّرر، أو كون السبب أقوى، أو اختلاف المتّفقين فى الاستناد، و انّ المباشر هيهنا يكون أقوى، و انما يكون السبب أقوى، فيما كان المباشر كالآله، لا فيما إذا استقلّ و عمل بدواعيه، كما فى المقام، و الّا لما حكم بضمانه أصلا، مع انّه لا اشكال فيه، و انّما الكلام فى قراره عليه، و انّ قاعده الضرر و الضّرار، انّما تقتضى رفع حكم الضّرر، و عدم ضمان المغرور أصلا، و لا كلام هيهنا فى ضمانه، و انما الكلام كما عرفت، فى قراره عليه، أو على الغار، و لا تقتضى تداركه بعد تخصيصها بورود الضرر على الأخر، للزومه تخصيص أخر بلا مخصّص، فتدبّر، و من هنا ظهر ما فى الاستدلال، لقرار الضمان هيهنا ابتداء بقاعده نفى الضرر، و امّا لو كان المراد، الاستدلال بنفى الضرر على القاعده، بتقريب انّ الضّرار، هو الإضرار بالغير، و الغار قد أضرّ المغرور، بإيقاعه فى ضرر الضمان، ففيه مضافا الى منع كون الضرار، هو الإضرار، انّه لو سلّم، فإنّما يكون فيما أوقعه فى ضرر، لا فيما إذا أوقعه فيما حكم شرعا عليه بالضرر، كالضمان فيما نحن فيه، و ذلك لوضوح انّه ما أضره، غايته انه لو لا فعل الغار،

لما اختار المغرور ما حکم علیه الشارع بالضـرر، و هذا المقدار، لا یصحّ إسـناد الإضرار و لو تسبیبا، إلّا بالمسامحه. و من هنا ظهر عدم صـحّه الإسـناد فی الحکم بالضّمان بمثل «من أتلف» (۱) أو «من أضر» (۲)، فظهر انّه لا مسـتند لقاعده، الغرور، الّا الخبر إذا انجبر، و لاـ یبعـد جبره بعمل الأصـحاب، فإنّهم لا یزالون یتمسّـکون بقاعـده الغرور، علی وجه یعلم انّه لا مسـتند أخر من قاعـده الضـرر لهم، و نحوهـا غیرهـا، فیحصـل الوثوق بمضـمونه، و هو کـاف فی جبره، کما ظهر انّه لا وجه للضـمان غیرها، فلا بـد من الاقتصار فی الحکم بالضمان، علی مورد صدق انّه غرّه، کما عرفت.

قوله (ره): (لو أتلف لغفله رجع، لکونه سببا لتنجز الضّمان علی السابق- إلخ-).

أی البائع هیهنا، و النّکته فی العـدول، هی الإشاره الی عدم اختصاص ذلک بالبائع، بل کل ضامن سابق، و وجه رجوع البائع علیه فی هذه الصوره، انّه صار بإتلافه سـببا لفعلیّه خسارته بالمثل أو القیمه، و إلّا کان نفس الضّـمان و العهده منجّز الحصول، و سـببه هو الید. نعم من آثاره انّه لو تلف یکون خسارته بیده علیه، فافهم.

[فی توارد الأیادی علی غیر واحد]

قوله (ره): (قلت لو صحّ ذلک یحتاج الی الکشف عن کیفیّه اشتغال ذمّه کل من الیدین- إلخ-).

و التحقیق ان یقال: انّ قضـیه «علی الید» لیس الّا کون المأخوذ فی تعاقب الأیدی العاریه، فی عهده کلّ واحده منها عینا، کما إذا کانت- وحدها، و هی لیست الّا اعتبار خاص عقلائی له منشأ مخصوص، و له آثار

۱- و هو قوله (ع): «من أتلف مال الغیر فهو له ضامن». و لکن هذه العباره لم توجد فی أیّ- روایه مما وردت فی کتب الفریقین، کمـا اعترف به غیر واحـد. و من المحتمـل قویـا أنهـا قاعـده- مصـطاده من الروایـات الکثیره الوارده خاصه فی أبواب الـدیات و الشهادات و الإجاره و غیرها، بحیث یعلم بإلغاء الخصوصیه عنها.

۲- وسائل الشیعه: ۱۹- ۱۸۱- ب ۹- ح ۲.

خاصه، من وجوب ردّ العين عينا لو كانت اليـد واحـده، و كفائيا لو كانت متعـدده، و وجوب التّـدارک بالبدل مع تعذّر ردّها، أو تلفها من دون اشـتغال الذّمه به أصـلا، لا حال التّمكن من الرّد، كما هو واضح، و لا حال التّعذر، أو التّلف، و ذلک لبقاء ضـمان العين و عهـدتها، لعـدم مجى ء الغايه، و هى التأديه، و لـذا يجب فى صوره التّعـذر، لو تـدارک ردّ العين نفسـها إذا تمكن منه، و كـذا مع التّلف، لو اتّفق على خلاف العاده، تمكنه من ردّها، و معه لا وجه، و لا سـبب لاشـتغال الذّمه ببدلها، كما لا يخفى، كى يلزم اشـتغال ذمّه المتعـدّد ببـدل واحـد المسـتلزم لكون المتعـدّد بـدلا عن الواحد، و لا يكاد يكون بدل الواحد، الّا الواحد، و امّا كون الواحـد فى عهـده المتعـدّد، بحيث يجب على كل واحد كفائيّا، ردّه الى مالكه، و تخيير المالک فى الرجوع الى الكل، فهو بمكان من الإمكان، كما هو قضيه (على اليد).

و امّا حديث جواز رجوع اليد السّابقه إلى اللّاحقه، لو رجع إليها المالک، المسـتلزم لكون قرار ضمان التّالف على من تلف عنده، مع المساواه فيما هو سبب الضمان، فهو أيضا من آثار حدوث سبب ضمان ما كان، فى ضمان الأخر، لواحد آخر، و أحكامه عند العرف، و يؤيّده الاعتبار، و لم يردع عنه فى الاخبار، فلا بد من الالتزام به شرعا، كما هو الحال فى جلّ أحكام الضمان، حيث انّه لا وجه له إلّا الثّبوت عرفا، و عدم الرّدع عنه شـرعا، و كشف ذلک عن إمضاء الشارع، فيما إذا أطلق دليل الضّمان، فتدبر جيّدا، و قد انقدح بذلک ما فى كلامه من مواضع النظر، كما يشير اليه.

قوله (ره): (كون عهدتها و دركها بعد التلف عليه- إلخ-).

قـد عرفت انّ الضّـمان و العهـده اعتبار عقلائى، و من آثاره كون دركها و خسارتها بعـد التلف على اليد، كما انّ خسارتها عليها قبل التلف، مع تعـذّر الرّد ببـدل الحيلوله، و وجوب الرّد مع عدم التّعذر، من آثاره، فلا وجه أصـلا لتفسـير الضـمان المسـتفاد من على اليـد بها، كما لا يخفى، و منه ظهر حال تفسـيره، بثبوت الشّـى ء الواحـد فى العهدات، مع ما فيه أيضا من أخذ لزوم الخروج عن العهده فى تفسير ثبوت العهده. فيقال: ما معنى العهده

الثابته التى يجب الخروج عنها، و الخروج فرع الثبوت، و لا يكاد ان يكون هو الخروج، فضلا عن لزومه، و تفسير الشّى ء ببعض خواصّه، و أحكامه، و ان كان مما لا بأس به، الّا انّه إذا لم يكن بهذا التّعبير، كما لا يخفى على الخبير.

قوله (ره): (فهو يملك ما فى ذمّه كلّ منهم على البدل- إلخ-).

قد عرفت انّه لا وجه، و لا سبب لاشتغال ذمّه الضّامن بالبدل أصلا، بل ضمانه للعين باق ما لم يحصل غايته، و وجوب دفع البدل مع التّلف، ليس إلّا كوجوب دفعه، مع عدم تعذّر دفع العين، و وجوب دفعها، مع عدم التعذّر من أحكامه.

قوله (ره): (فنقول انّ الوجه فى رجوعه، هو انّ السابق اشتغل ذمّته- إلخ-).

فيه ما عرفت، انّ اشتغال الذّمه لو كان، لكان بعد تلف العين، و اللّاحق انّما ضمنها قبل تلفها، فلم يحصل له الّا سبب ضمان نفس العين عينا، و لم يحدث بعد سبب ضمان أخر لها و لبدلها على البدل، و ثبوته على السّابق معلّقا على تلفها حين ضمان اللاحق لها، لا يوجب ضمانه مطلقا له، و لمبدله على البدل، لعدم ثبوته على السّابق فى زمانه، هذا، مع انّ اشتغال ذمّه السّابق بالبدل فعلا، لا يقتضى ان يكون مجرّد حدوث سبب ضمان العين اللّاحق عينا، موجبا لضمان واحد من العين، و البدل على البدل، و لا محذور أصلا فى خروجه، لولاه على البدليّه، بحسب حكم ضمان العين على اللّاحق، بل لا محيص عنه، لاختصاص السّبب بضمانها، و انّما المحذور، خروجه عنها مطلقا، و لو بحسب ما على السّابق، و هو غير لازم، كما لا يخفى.

نعم لو كان هناك دليل عليها، كذلك الحكم بالضمان على البدل، إلّا انّه لا للزوم الحلف لولاه، كما ذكره، بل للدليل، فافهم. و قد عرفت انّ الوجه فى ذلك، ضمانه ما كان فى ضمان الأخر و عهدته، و قضيّته مثل هذا الضّمان، بحسب الاعتبار، و عند أهل العرف، هو رجوع السّابق الى اللّاحق، لو رجع اليه المالك.

قوله (ره): (مع انه لا يكاد يعرف خلاف من أحد كون كلّ من ذوى الأيدى مشغول الذّمه- إلخ-).

بل الذى لا ريب فيه، و لا شبهه تعتريه، كون كل واحد منهم ضامن، و عليه العهده فى حالتى بقاء العين، و تلفها، و الضّمان أيضا كما عرفت، وضع ليستتبع التكليف، و باق الى ان يؤدّى العين، و الإجبار على دفع البدل، أو الدّفع عنه، و تقديمه على الوصايا، من الآثار المشترك فيها الدّين و الضّمان، فلا شهاده لها على الاشتغال. ثم لا يخفى انّ تفسير العهده بالتكليف فيما تقدّم، ينافى تشديده النّكير على هذا القائل. فتأمّل جيّدا.

قوله (ره): (نعم ليس للمالك أخذ مؤنه الاسترداد ليباشر نفسه- إلخ-).

فإنّه ليس عليه الّا الرّد، و له اختيار ما شاء من افراده، نعم لا يبعد تعيّن مباشره المالك بالمؤنه لو لم يرض بتصرّف الغير بالحمل و النّقل، لأنه تصرّف فيه بغير رضاه، بلا ألجأ إليه، لكنه إذا لم يجحف فى المؤنه، و إلّا لم يتعيّن عليه الدّفع إليه، لقاعده نفى الضرر، المحكمه على قاعده عدم جواز التّصرف فى مال الغير بدون اذنه، و غيرهما من القواعد.

قوله (ره): (أو ينزل منزله التّعذر، فيغرم بدل الحيلوله- إلخ-).

لا وجه للتّنزيل ما دام الى ردّ العين بحسب المتعارف، أو استردادها، سبيل، فان دليل بدل الحيلوله، ليس إلّا أنّه قضيّه الضّمان عرفا، و القدر المتيقّن منه، ليس الّا ما إذا تعذّر ردّ العين، و استردادها، دون ما إذا تمكّن الضّامن من الرّد، و لو بأجره، أو المالك من الاسترداد.

[مسأله لو باع الفضولى مال غيره مع مال نفسه]

قوله (ره): (نعم لو لا النّص و الإجماع، أمكن المناقشه فيه، بما سيجى ء فى بيع ما يملك و ما لا يملك- إلخ-).

بل لو لا انّ الصحه فى المسألتين على طبق القاعده، لأمكن المناقشه، فى النّص، بأنّه لا عموم فيه، و لا إطلاق، بل حكم فى واقعه، و فى الإجماع، بأنّه يمكن ذهاب جلّ المحقّقين، لو لا الكلّ، إلى الصّحه بناء منهم انّها على القاعده، فلا مجال مع هذا الاجتمال لتحصيله، و لا يبقى وثوق بنقله، فلا محيص للقابل بالصّحه عن دفع ما سيجى ء من المناقشه،

و حاصلها، انّ الصّحه فى البعض على خلاف ما تراضيا و تعاقدا عليه من المجموع، كما انّ التّراضى و التّعاقد على المشروط، غير التّراضى و التّعاقد عليه، مع فساد الشّرط. و التّحقيق فى دفعها ان يقال: ان العرض و القصد الذى دعى إلى التعاقد و ان تخلّف، حيث انّه بتمليك تمام الجمله، و لم يمض فى غير الملك لهما، الّا أنّ التّعاقد على تمليك الجمله، تعاقد على تمليك كلّ بعض من أبعاضها، لأنّها ليست الّا نفس الأبعاض بالأسر، فيكون التّعاقد على تمليكها فى الحقيقه تعاقدا على تمليك كلّ من الأبعاض بإزاء ما يحاذيها من الثّمن، و عدم إمضاء تمليك بعض منها، ليس بضائر بتبعيّه العقود للقصود، لو قيل بالنّفوذ فى الباقى لما عرفت من كون التّمليك بإزاء ما تخصّه من الثّمن مقصودا، و انّما يضرّ لو كان تمليك كل بعض مقيّدا بتمليك الباقى، كما فى باب الشروط، و لا يكاد يكون هيهنا تقييد، و الّا لكان مع كلّ شى ء بيعا و شرطا، كما فى ذاك الباب، و هو واضح البطلان، كما يشهد به الوجدان. و التّراضى المعتبر فى الصحه، ليس الّا ان يكون تعاقدهما بصرافه طبع المتعاقدين، قبالا لما إذا تعاقدا إجبارا، أو إكراها، و قد تعاقدا هكذا، و ان لم ينفذ عقدهما فى غير مالهما. و من ذلك ظهر الفرق بين فساد الشرط و فساد الجزء و ليس عسرا، كما حكى عن جامع المقاصد.

ان قلت: هب ذلك، و لكن التّبعيض يستلزم الجهاله فى الثمن فيما يسلم، و العلم به معتبر فى صحه البيع.

قلت: مع ان التّبعيض لا يستلزمه دائما، بل ربّما يوجبه أحيانا، ان المعتبر، هو العلم بما تعاقدا عليه من الثّمن و المثمن، لا ما انحلّ اليه العقد، لعدم إمضاء الشّارع فيما لا يملكه البائع، أو المشترى فلا مانع عن عموم أدلّه نفوذ البيع فيما يملكها، كما لا يخفى.

ان قلت: على هذا لا وجه لكون تبعّض الصفقه، موجبا للخيار، مع انّه من أسبابه عند المشهور، حيث انّه ليس فيه إلّا تخلّف الدّاعى، تخلّفه لا يوجبه.

قلت: وجهه انّه عقد واحد لم يسلم فى تمام مضمونه، فالالتزام به

فيما يسلم ضرر، و على خلاف الفرض، فقاعده نفى الضرر، يقتضى جبره برفع لزومه، و ثبوت الخيار فيه، فالسبب عدم سلامه العقد فى تمام ما وقع عليه، لا تخلف ما يدعو إليه، فتأمل فى المقام، فإنّه من مزال الأقدام للاعلام.

[مسأله لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار]

قوله (ره): (امّا تعارض ظاهر النّصف، اعنى الحصه المشاعه- إلخ-).

ظهوره فيه بملاحظه إطلاقه و عدم تخصيصه، بالإضافه إلى نفسه، أو شريكه، بل يكون حاله، حال لفظ الكل المضاف الى الدار، فكما انّه بلحاظ حال طروّ الشّركه، و سائر الحالات، فكذا يكون بلحاظها عند إطلاقه، و الّا فلا ظهور له فى معنى مبهم، قابل للأنحاء من التّعيّنات. فافهم.

قوله (ره): (و الكلّ خلاف المفروض هنا- إلخ-).

و عليه فيتعيّن فى إراده نصفه المختص به بلا مزاحمه، لظهور النّصف فى المشترك، لما عرفت، من ان ظهوره فيه، انّما كان بالإطلاق، و مقدّمات الحكمه، و لا يكاد يتمّ معه، مع انّه- ره- بنى على تقديم ظهور الفعل فى الاختصاص على ظهور متعلّقه فى العموم فى باب الاستصحاب فى مقام بيان معنى «لا تنقض اليقين» فى اخبار الباب (۱)، و من ذلك ظهر انّ قياس ما نحن فيه على بعت غانما ليس قياسا مع الفارق، لكنه عرفت فيما سلف انّه ليس نيّه واحد، ممّا ذكره- قدّس سره- مما لا بد فى بيع مال الغير. فافهم.

قوله (ره): (فهل هو كالأجنبيّ؟ وجهان مبنيان على ان المعارض- إلخ-).

فإن كان المعارض، هو الأول، ففيه الاحتمالان، كالأجنبيّ، و ان هو الثّانى، فلا يكون إلّا احتمال واحد، لعدم صلاحيته للمعارضه، و ذلك لتبعيّه ظهور الفعل، لظهور ما يتقيّد به من متعلّقاته، و لكنّه على خلاف ما أفاده، فى بيان معنى «لا تنقض» فى باب الاستصحاب، كما أشرنا إليه، من تبعيّه المتعلّق فى الظّهور، و فى العموم و الخصوص، لظهور الفعل المتعلّق به، و الصواب اختلافهما فى التّبعيه، بحسب اختلاف المقامات، فلا بدّ فى كلّ

۱- وسائل الشيعه: ۵- ۳۲۱- ب ۱۰- ح ۳.

مقام من ملاحظه الخصوصيّات، و الحكم بها لأحدهما، مع التّرجيح، و الجزم بظهور الجمله بحسب متفاهم العرف فيه، و التوقف مع عدمه و البناء على إجماله.

قوله (ره): (لأنه عقد على ما يملكه- إلخ-).

بل عقد على ما يعمّه، و ما يملكه غيره، فصرفه اليه من دون صارف، لا وجه له، كصرفه الى غيره، و لا يمكن ان يجعل الصّارف، ظهور إنشاء البيع فى البيع لنفسه، إذ المفروض انّه لم يقصد الّا مدلول اللفظ من غير ملاحظه وقوعه عنه، أو عن غيره، فالحكم بوقوع البيع عنه تحكم، و لا يقاس على الحكم باستحقاق الزّوج بالطلاق، النّصف الباقى من الصّداق، لكفايه انطباق نصف ما فرضتم عليه، و عدم كفايه مجرّد الانطباق فى الحكم بالوقوع عنه فى باب العقود لتبعيّتها للقصود، فلا بدّ فى بيع الكلّى مطلقا، من التّعيين، بإضافته إلى نفسه أو غيره، الّا أن يكون معيّنا فى الكلّى الخارجىّ الذى كان جزء مما هو بتمامه ملكه، كالصّاع من صبره مملوكه له، فتأمل جيّدا.

قوله (ره): (و نظيره فى ظهور المنافاه لما هنا- إلخ-).

إشاره الى ما ذكره- ره- من منع ظهور النّصف، إلّا فى الكلى الصّادق على نصفه، الموجب لصرف البيع الى نفسه، و ان صرفه الى غيره من دون صارف، لا وجه له على ما افاده، حيث انّهم فى باب الصّلح ما صرفوا الصلح الى نفس المصالح، بل صرفوا اليه، و الى شريكه مع أجازته، و صرفوا الى نفسه فى خصوص الرّبع بدونها، و وجه انّ الصلح انّما وقع على ما أقرّ به، و المقرّ به هى الحصه الخارجيّه الّتى تكون مورد العروض، ملك المصالح و شريكه، فلا محيص عن الصّرف إليها مع الإجازه، و اليه فى خصوص الرّبع بدونها. نعم لا يبعد صرفه الى نفسه فى تمام نصفه المقرّبه، لو لم يكن الصّلح على المقرّبه، بل على النّصف الظاهر، بقرينه ظهور إنشائه الصّلح فى الصلح لنفسه فى ماله، فلا وجه لما وجهه- ره- عليهم بقوله: «لأنّه ان أوقع الصلح- الى آخره-»، مع ما فيه من الخلل بحسب نظم الكلام على ما لا يخفى على ذوى الأفهام، و قد عرفت انّه لا ضابط فى المقام، بل لا بدّ من رعايه

الخصوصيّات فى كلّ مقام.

قوله (ره): (دفع المقرّ له نصف ما فى يده- إلخ-).

قضيّته الإشاعه و الشّركه حسب اعتراف المقرّ، ان يكون ما فى تحت يده من النّصف بين الثلاثه، كما كان الأخر الذى يكون فى يد الأخر، فيكون للمقر له بحسب اعترافه، نصف ما له لو لا اعترافه ممّا فى يده و يد الأخر، لا نصف ما فى يده، فافهم.

[مسأله لو باع ما يقبل التملك و ما لا يقبله]

قوله (ره): (و يمكن دفعه بان اللازم هو العلم بثمن المجموع الذى قصد الى نقله- إلخ-).

يمكن ان يقال: إنّما يكفى هذا فيما صحّ عرفا بذل الثمن بإزائه، كالخمر، و الخنزير، حتّى كان الثمن و المثمن معيّنين، بحسب ما هو البيع العرفى، بخلاف ما إذا لم يصحّ، فان الثمن بحسبه أيضا مجهول، الّا ان يدّعى كفايه التعيّن فى الصيغه. و قد ينقدح من ذلك إشكال أخر، و هو انّه لا يكاد يتأتّى فى هذه الصوره منهما القصد الجدى إلى التّمليك و التّملك، و لا بدّ منه فى العقد، و ان لم يكن بمعتبر فى إنشائه. اللهم الّا ان يقال، انّما يعتبر القصد فيما يكون الإنشاء بالإضافه إليه عقد، أو لا يكون عقدا، الّا فيما يقبل التّمليك، و قد قصده بالجد و التّوسل بإنشائه إليه. فتدبّر.

قوله (ره): (مع انّه لو تمّ ما ذكر، لاقتضى صرف مجموع الثمن الى المملوك لا البطلان- إلخ-).

فيه انه لا وجه لصرف مجموعه اليه، بعد انّه جعل فى الإنشاء بإزائه و إزاء غيره، فان علم المشترى بعدم وقوع شى ء منه شرعا، بل و لا عرفا بإزاء ما لا يقبل الملكيّه، لا يقتضى جعله بتمامه بإزاء ما يقبل، كيف و قد جعله حسب الفرض بإزائهما. فتدبّر جيّدا.

[مسأله يجوز للأب و الجد أن يتصرفا فى مال الطفل]

قوله (ره): (و المشهور عدم اعتبار العداله للأصل- إلخ-).

لا يخفى انّ قضيّه الأصل اعتبارها، لأصاله عدم نفوذ تصرّفهما فى مال الطفل، كما ان الأصل عدم ثبوت الولايه لهما المستتبعه لنفوذ تصرّفهما، فإنّهما من الاعتبارات المصححه العقلائيّه الّتى تكون مستتبعه لآثار تكليفيه

و وضعيّه، و منها اباحه التّصرف فى مال الغير بدون إذنه الذى لولاها، كان غير جائز، للإطلاق «لا يجوز لأحد التّصرف فى مال غيره بدون اذنه (۱)». نعم لو كانا عادلين، و عرض الفسق، فشكّ فى بقاء ولايتهما، و نفوذ تصرّفهما، فاستصحاب الولايه يقتضى نفوذ تصرّفهما.

قوله (ره): (و يستحيل من حكمه الصانع ان يجعل الفاسق امنيا- إلخ-).

لو سلّم هذا، و أغمض عما وجهه عليه فى محكى جامع المقاصد، انّما يتمّ فى غير الأب و الجدّ، فإنّهما فى الحقيقه ما جعلا امنيا على مال الغير، بل على مال من كان هو و ماله، مالا لهما، كما فى غير واحد من الاخبار (۲)، و يساعده الاعتبار، كما لا يخفى على ذوى الإبصار.

قوله (ره): (و لعلّه أراد بنصّ القرآن، آيه الرّكون الى الظالم (۳)- إلخ-).

و تقريب دلالتها انّه تبارك و تعالى، إذا لم يرض بركون العباد الى الظّالم، فهو تعالى اولى بعدم الركون اليه، و الظّالم يعمّ من عصى ربّه و ظلم نفسه، كما فى «لا يَنالُ عَهْدِي الظّالِمِينَ (۴)». و يمكن تقريب الدّلاله بأنّ قضيّه حرمه الرّكون، عدم جواز تسليم مال اليتيم إلى الأب و الجدّ الفاسقين، مع القطع بجوازه على تقدير ولايتهما، بل وجوب التّسليم مع مطالبتهما، لكنّه يمكن ان يقال: انّ ولايه الأب و الجدّ الفاسقين، ليست من باب الرّكون الى الظّالم، بل لما عرفت من انّه من قبيل تسليط المالك على ملكه، فان الطفل و ماله، مالا لأبيه، فافهم.

قوله (ره): (و يشهد للأخير إطلاق ما دلّ على انّ مال الولد للوالد (۵)- إلخ-).

لا يخفى عدم دلاله هذه الاخبار، على ولايتهما أصلا. كيف، و قد

۱- وسائل الشيعه: ۶- ۳۷۶- ب ۳- ح ۶.

۲- كالأخبار الوارده فى وسائل الشيعه: ۱۲- ۱۹۴- ب ۷۸.

۳- هود: ۱۱۳.

۴- البقره: ۱۲۴.

۵- وسائل الشيعه: ۱۲- ۱۹۴- ب ۷۸- ح ۸.

وردت فى مورد كبر الولد و رشده، و لا ولايه لهما عليه بلا ريب فيه، فلا بدّ لها من معنى لا يستلزم الولايه، و يكون محقّقا فى حال الكبر و الرّشد، و هو انّه للوالد مرتبه من الاختصاص، و نحو من الإضافه الى مال الولد و نفسه، يقتضى جواز اكله من ماله بقدر الحاجه، أو مطلقا، غايه الأمر دعوى دلاله هذه الاخبار على ملاك، يقتضى ولايه الجدّ و الأب، مع حاجه الولد، لقصوره بعدم البلوغ، أو العقل و الرشد إلى الولى، و كمال الأب و الجدّ بحسبهما، و لكنّه لا إطلاق فيها يقتضى نفوذ تصرّفهما مطلقا، بل لا يكاد يجدى، إلّا فيما إذا أحرز وجود الشّرائط، و فقد الموانع. اللّهم إلّا ان يقال: بانّ العرف يفهمون من مثل هذه الاخبار، و انّ للأب و الجدّ التّصرف فى مال الولد، مثل تصرّفه فيه، و نفوذه كنفوذه و ليس ببعيد، كما يشهد به استشهاد الامام (عليه السلام) فى معنى نكاح الجدّ بدون إذن الأب، فإنّ البنت و أباها للجدّ (۱). فتأمّل.

قوله (ره): (و يدلّ عليه ما دلّ على انّ الشخص و ماله الذى منه مال ابنه لأبيه (۲)- إلخ-).

فيه اشكال، حيث لا دلاله فى هذه الاخبار، الّا على انّ الولد و ماله حقيقه لوالده، لا مطلقا و لو حكما. نعم فى بعض الاخبار (۳) تعليل نفوذ نكاح الجدّ بدون إذن الأب، فإنّ البنت و أباها للجدّ، لكنّه لا دلاله له على ولايته فى أموال الطفل، الّا بدعوى الملازمه، بين ولايته على النكاح و ولايته على الأموال، بل الأولويه، و الإنصاف انّه غير بعيد.

قوله (ره): (و من ان مقتضى قوله تعالى «وَ أُولُوا الْأَرْحٰامِ (۴)»- إلخ-).

الأولويّه فى الآيه، انّما هو فى الإرث، لا فيما يعمّ الولايه، و الّا لزم

۱- وسائل الشيعه: ۱۴- ۲۱۹- ب ۱۱- ح ۸ (بهذا المعنى).

۲- وسائل الشيعه: ۱۴- ۲۱۷- ب ۱۱- ح ۵.

۳- وسائل الشيعه: ۱۴- ۲۱۹- ب ۱۱- ح ۸ (بهذا المعنى).

۴- الأنفال: ۷۵.

تخصیص کثیر، کما لا یخفی علی الخبیر.

[فی ولایه الفقیه]

قوله (ره): (الولایه یتصوّر علی وجهین، الأوّل استقلال الولیّ بالتصرف- إلخ-).

لا- یخفی ان اختلاف متعلق الولایه، لا یوجب اختلافها فیها، و لا ینثلم به وحدتها، و لیس نصب المتولی فی الموقوفات، و القیّم علی القاصرین، و الاذن فی الصلاه علی الجنازه التی تکون بلا ولی، إلّا مثل تصرّفه بالمباشره فی البیع و الشراء و غیرهما، فی انّ کلا- منها من متعلقاتها، و نفوذه منه لاستقلاله فیها، و امّا نفوذ استنابته، لیس من شئون ولایته، دائرا مدار سعتها، بل انّما یکون دائرا مدار کون الفعل النّافذ منه بالمباشره قابلًا للنیابه، و یکون حال الوکاله من الولی، حالها من المالک، أو المتولّی، فافهم.

قوله (ره): قال اللّه تعالی «النَّبِیُّ أَوْلیٰ بِالْمُؤْمِنِینَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ (۱)»- إلخ-).

فی دلاله ما دلّ من الآیات، و الروایات الدّاله علی وجوب الإطاعه، أو حرمه المخالفه علی الولایه، نظر، لعدم الملازمه بینهما، کما لا یخفی، لکن فی هذه الآیه، و ما یشابهها من الآیات، و الروایات الدّاله علی الأولویّه کفایه.

قوله (ره): (و امّا العقل القطعی، فالمستقلّ منه حکمه بوجوب شکر المنعم- إلخ-).

لا- یخفی انّ ما ذکره من حکم العقل بقسمیه، لا یثبت به الّا وجوب الإطاعه، لا الولایه، فالأولی ان یقال: إنّ العقل یستقلّ بنفوذ تصرف أولیاء النّعم، و منهم الواسطه بین اللّه تبارک و تعالی، و کافّه الأمم، فی الأموال و الأنفس، فإنّهم أولی بهما من الأنفس. هذا فی العقل المستقل. و امّا الغیر المستقل فبأن یقال: انّ الأبوّه إذا اقتضت الولایه، فالنّبوه و الإمامه یقتضیان لها بطریق اولی، لأعظمیّه حقّهما من حقّها، لکن لا یخفی انّه لو لا القطع بولایه النبی (صلّی اللّه علیه و آله) و الامام (علیه السلام) من الآیات و الروایات،

۱- الأحزاب: ۶.

بل لا يبعد ان يعد من الضروريّات، لم يكد يحصل القطع به من قبل العقل، و لعلّه أشار إليه بأمره بالتأمّل.

قوله (ره): (امّا الولايه على الوجه الأول- إلخ-).

لا يخفى، انّه ليس للفقيه فى حال الغيبه، ما ليس للإمام (عليه السلام) و امّا ما كان له، فثبوته له، محل الاشكال و الكلام فى المقام، فلا بد هيهنا من البحث أوّلا فيما له (عليه السلام)، و ثانيا فى النّقض و الإبرام فيما ذكر دليلا على ثبوته له.

فاعلم، انّه لا ريب فى ولايته فى مهام الأمور الكليه المتعلّقه بالسياسه الّتى تكون وظيفه من له الرّئاسه، و امّا فى الأمور الجزئيّه المتعلّقه بالأشخاص، كبيع دار، و غيره من التصرف فى أموال النّاس، ففيه اشكال، ممّا دلّ على عدم نفوذ تصرّف أحد فى ملك غيره الّا باذنه (۱)، و انّه لا يحلّ مال الّا بطيب نفس مالكه (۲)، و وضوح انّ سيره النبى (صلّى اللّه عليه و آله) انّه يعامل مع أموال النّاس، معامله سائر النّاس، و ممّا دل من الآيات و الروايات، على كون النبى (صلّى اللّه عليه و آله) و الامام، أولى بالمؤمنين من أنفسهم. و امّا ما كان من الأحكام المتعلّقه بالأشخاص بسبب خاصّ، من زواج، و قرابه، و نحوهما، فلا ريب فى عدم عموم الولايه له، و ان يكون أولى بالإرث من القريب، و اولى بالأزواج من أزواجهم، و آيه «النَّبِيُّ أَوْلىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ (۳)» انما يدلّ على أولويّته فيما لهم الاختيار، لا فيما لهم من الأحكام تعبّدا، و بلا اختيار. بقى الكلام فى انّه، هل يجب على النّاس اتّباع أوامر الإمام (عليه السلام) و الانتهاء بنواهيه مطلقا و لو فى غير السياسيات، و غير الأحكام، من الأمور العاديه، أو يختصّ بما كان متعلّقا بهما؟! فيه اشكال، و القدر المتيقن من الآيات و الرّوايات، وجوب الإطاعه فى خصوص ما صدر

۱- وسائل الشيعه: ۶- ۳۷۶- ب ۳- ح ۶.
۲- وسائل الشيعه: ۳- ۴۲۴- ب ۳- ح ۱ (مع تفاوت يسير).
۳- الأحزاب: ۶.

منهم، من جهه النّبوه و الإمامه.

و قد انقدح بذلک، انّه لا یلزم تخصیص کثیر، أو أکثر، لو نهض الدّلیل بعمومه و إطلاقه، علی ثبوت ما للإمام (علیه السلام) من الولایه، و وجوب الإطاعه للفقیه. هذا فی تعیین ماله (علیه السلام). و امّا ما ذکر دلیلا لثبوت الولایه للفقیه، کولایته (علیه السلام)، فاحسنتها دلاله، ما دلّ علی کون الفقیه بمنزله الأنبیاء فی بنی إسرائیل، و ما دل علی کون مجاری الأمور بید العلماء. أمّا المنزله، فالمتیقن منها انّها فی تبلیغ الأحکام بین الأنام، مع عدم ثبوت الولایه المطلقه لانبیاء بنی إسرائیل، فتأمّل. و امّا کون مجاری الأمور بید العلماء، و ان کان عباره أخری عن ولایتهم، الّا ان الظاهر من «العلماء باللّه الأمناء علی حلاله و حرامه (۱)» هو خصوص الأئمه، کما یشهد به سائر فقرأته الّتی سیقت فی مقام توبیخ النّاس علی تفرقهم عنهم (علیهم السلام)، حیث انه صار سببا لغصب الخلافه و زوالها عن أیدی من کانت مجاری الأمور بأیدیهم. و الخبر طویل رواه مرسلا عن ابی عبد اللّه الحسین (علیه السلام) فی تحف العقول، فلا حظ تمامه (۲)، و لا دلاله فی کون اولی الناس بالأنبیاء أعلمهم علی الولایه، مع انّ الظاهر ان المراد، اولی الناس بالخلافه منهم، و لذا خصّصه بأعلم الناس و لا فی إطلاق الخلافه علیهم، و لا فی جعلهم حاکما، و لا قاضیا، لعدم إطلاق فی الخلافه، و لعلّها فی تبلیغ الأحکام الّتی هی من شئون الرّساله، و ظهور کونهم حاکما و قاضیا فی خصوص رفع الخصومه، کما یشهد ملاحظه المقبوله و المشهوره، و لا فی إرجاع الحوادث الواقعه إلیهم، فی التوقیع الشریف (۳)، لاحتمال معهودیّه الحوادث، و اشاره إلی خصوص ما ذکره فی السؤال، و قوّه ان یکون المراد، إرجاع حکم

۱- تحف العقول: ص ۲۷۱ (فی کلمات الحسین (ع)).

۲- تحف العقول: ص ۲۷۱ (فی کلمات الحسین (ع)).

۳- وسائل الشیعه: ۱۸- ۱۰۱- ب ۱۱- ح ۹. عن إسحاق بن یعقوب قال: سألت محمد بن عثمان العمری ان یوصل لی کتابا قد سألت فیه عن مسائل أشکلت علیّ، فورد التوقیع بخط مولانا صاحب الزمان (علیه السلام) اما ما- سألت عنه أرشدک اللّه و ثبتک- الی ان قال: و اما الحوادث الواقعه فارجعوا فیها الی رواه- حدیثنا، فإنهم حجتی علیکم و انا حجه اللّه. و اما محمد بن عثمان العمری فرضی اللّه عنه- و عن أبیه من قبل، فإنه ثقتی و کتابه کتابی.

الحوادث الواقعه، و الفروع المتجدّده الّتی لیس منها بخصوصها أثر فی الاخبار، و لا لجعلهم حجه من قبله، فان الحجّیه من قبله غیر مستلزم للولایه المطلقه، لعدم ملازمه عقلاً و لا عرفا بین الحجّیه و الولایه، و ان علم ولایه حجه اللّه عجل اللّه فرجه، کما عرفت، فتأمل جیّدا.

قوله (ره): (و ان لم یعلم ذلک، و احتمل کونه مشروطا فی وجوده، أو وجوبه بنظر الفقیه، وجب الرجوع فیه إلیه- إلخ-).

لا شبهه فی وجوب الرّجوع الیه، فیما احتمل کونه مشروطا فی وجوده بحسب أثره الوضعی، لأصاله عدم تأثیره بدونه، لا بحسب أثره التّکلیفی، لأنّه ان کان الشّک فی جوازه بدون إذنه، فقضیّه أصاله الإباحه، جوازه بدونه، و ان کان الشّک فی موافقته للواجب بدونه، فأصاله البراءه عقلا عنده (ره)، و نقلا عندنا، مقتضیه للاقتصار علیه، و عدم وجوب الرّجوع فیه الی الفقیه، فانقدح بذلک انه لا وجه لوجوب الرّجوع الیه، فیما احتمل کونه مشروطا فی وجوبه أیضا. و بالجمله، انّما یجب الرّجوع فیما شکّ فی تأثیره بدونه، سواء کان الأثر مما یجب تحصیله بالتسبیب، أولا، للأصل، و فی غیره لا یجب، لأصاله البراءه، أو الجواز، فلا تغفل.

قوله (ره): (و مرجع هذا الی الشک فی کون المطلوب (۱) وجوده- إلخ-).

بل و مرجعه الی الشّک فی کون المطلوب وجوده مطلقا، أو فی زمان الحضور، و امّا إذا علم بوجوبه مطلقا، فإن شکّ فی اعتبار صدوره من خاص، فقیها کان أو غیره، فالواجب علیه، إتیانه، لعلمه بوجوبه علیه عینا أو کفایه، و الأصل عدم وجوبه علی غیره، و ان شکّ فی اعتبار نظر شخص

۱- و فی المصدر: فی کون المطلوب مطلق وجوده.

خاصّ، و اذنه فی صدوره من ایّ شخص کان، فأصاله البراءه عقلا أو نقلا، يقتضی عدم اعتباره، و کفایه صدوره من الفقیه غیره.

قوله (ره): (امّا وجوب الرّجوع الی الفقیه فی الأمور المذکوره فیدل علیه- إلخ-).

قد عرفت الإشکال فی دلالتها علی الولایه الاستقلالیّه، و الغیر استقلالیّه، لکنّها موجبه لکون الفقیه، هو القدر المتیقن من بین من احتمل اعتبار مباشرته أو اذنه و نظره، کما انّ عدول المؤمنین فی صوره فقده، یکون کذلک.

[مسأله فی ولایه عدول المؤمنین]

قوله (ره): (لعموم «وَ تَعاوَنُوا عَلَی الْبِرِّ وَ التَّقْویٰ (۱)»- إلخ-).

لا یخفی عدم الحاجه الی الاستدلال بما ذکره فیما علم بکونه مطلوبا علی کلّ حال، و لو مع فقد الفقیه، و عدم صحه الاستدلال به فیما لا یعلم کونه مطلوبا کذلک، بل احتمل کونه مطلوبا فی حال وجوده، و سقوطه حال فقده، لانّه من التّمسک بالعام فیما شکّ فی کونه من مصادیقه فی الآیه و الروایه الأخیره، لعدم إحراز کونه من البر و التقوی و المعروف فی هذا الحال، و عدم إطلاق أصلا فی الرّوایه الأولی، لوضوح انّه فی مقام التّرغیب فی عون الأخ بعد الفراغ عن جواز ما أعانه فیه شرعا، کما لا یخفی.

قوله (ره): (و الاحتمال الثالث مناف لإطلاق المفهوم الدّال علی ثبوت البأس- إلخ-).

فلا بد من تقییده علی هذا الاحتمال، للقطع بعدم البأس علی العادل، مع تعذّر الفقیه، و أنت خبیر بمنافات کلّ واحد من الاحتمالات، للإطلاق، للقطع بعدم البأس علی الفاسق الأمین، مع تعذّر الفقیه، و العدل، و هکذا الخائن، و المخالف، فی صوره تعذّر الأمین أیضا، و ذلک لفرض الکلام فیما علم بکونه مطلوبا علی کلّ حال، و الّا فلا یکون هذا الاحتمال مناف للإطلاق، لاحتمال ثبوت البأس، مع تعذّر الفقیه، علی الإطلاق و لو علی

۱- المائده: ۲.

العادل. فتأمل جيدا.

قوله (ره): (و انّما حمل على موضوع، هو إصلاح المال و مراعاه الحال- إلخ-).

و هذا الموضوع لا يثبت بأصاله الصّحه، و ان كان ممّا يتوقّف عليه الصحه، لما حقّق فى محلّه، ان أصالتها، و ان قلنا بكونها حجه طريقا، و من باب الظن، الّا انّها لا يثبت الّا ما يترتّب عليها شرعا، لا ما يترتّب على ما كانت موقوفه عليه، أو موقوفا عليها. اللّهم إلّا ان يمنع ترتّب جواز شراء مال اليتيم على إصلاحه، و رعايه حاله، و الّا لأشكل الأمر فى الشراء من العدل، أو الفقيه، مع عدم إحراز الصّلاح، بل كان مترتّبا على الصّحه المحرزه بالأصل عند الشّك فيها، و لعله أشار إليه بأمره بالتأمّل.

قوله (ره): (فمجرد وضع العدل يده على مال اليتيم- إلخ-).

لا يخفى انّ تصرف العدل، سواء كان من باب النّيابه، أو صرف التّكليف، يمكن ان يوجب المنع عن الأخر و مزاحمته، كما يمكن ان لا يوجبه، و المتّبع فى ذلك، دليل جواز تصرّفه على النّيابه، أو التّكليف، و انّه دلّ على المنع، أو الجواز، فلا وجه لتفريعه عدم المنع على كون تصرف العدل على وجه التّكليف دون النّيابه. فتأمّل.

قوله (ره): (لأن دخوله فيه كدخول الامام (عليه السلام)، فدخول الثانى فيه و بنائه على تصرف أخر مزاحمه، فهو كمزاحمه الإمام (عليه السلام).)

و فيه انّه، و ان كان كمزاحمه الإمام، الّا انّه من الامام (عليه السلام).

لا يقال: انّ أدله النّيابه لا تشمل ما كان فيه مزاحمه الإمام، فلا يكون الّا من قبيل المزاحمه من غير الإمام.

فإنّه يقال: انّ عدم الشّمول، ان كان لعدم المقتضى من إطلاق أو عموم، يعمّ هذا الحال، فعدم الدّليل على الولايه مع المزاحمه، يكفى وجها لعدم الولايه، و نفوذ التّصرف، لأصاله عدمها. و ان كان لأجل المانع عن ثبوتها، و ان كان المقتضى لإثباتها موجودا، كما هو ظاهر كلامه زيد فى علو مقامه،

فـالمزاحمه و إن كـانت مـانعه عقلا، إلّا انّها إذا لم يكن كمزاحمته له، و عموم أدلّه النيابه يقتضـى كون كلّ منهما نائبا عنه (عليه السلام).

قوله (ره): (فلانّ وجوب الحكم فرع سؤال من له الحكم- إلخ-).

جـواز الحكم قبـل السؤال، يكفى فى المنع عن المزاحمه، الّـا ان يمنع عن جوازه قبـل السؤال، مع انّه يمكن مع فرض الـتّرافع الى الغير بعد السؤال و قبل الحكم، بوجه، إلّا ان يمنع عن جواز التّصدى حينئذ، و لعلّ القضاوه منصب، أثبته عموم مثل المقبوله (١)، و غيرها فى حال الغيبه لكلّ فقيه، كما أثبته دليل خاص لخصوص اشخاص فى حال الحضور، لا النّيابه عنه (عليه السلام).

قوله (ره): (فنقول انّ القرب فى الآيه (٢)، يحتمل معانى أربعه- إلخ-).

القرب إلى الشـى ء و ان كانت حقيقه بالأبـد أن بحسب المكان، الّا انّه كثيرا ما يسـتعمل كنايه عن الإيجاد إذا نسب إلى الأفعال، كما فى قوله تعالى «لَا تَقْرَبُوا الصَّلٰاةَ وَ أَنْتُمْ سُكٰارىٰ» (٣)، و عن أحـدها إذا نسب الى غيرها، ممّا عهـد و تعارف انتسابه إليه ففى مثل: فلان لا يقرب القران، أو الكتاب، يراد القراءه أو المطالعه، أو لا يقرب المسـجد يراد الصّلاه فيه، أو مطلق العباده، و المعهود ممـا ينتسب الى المـال عرفـا، هو التّصـرف فيه بالتّجـاره، بـالبيع و الشّـراء، و الإجـاره، و غيرهـا من أنواع المتـاجر، لاـ مطلق الفعل الاختيارى، فضلا عن الأمر الأعمّ من الفعل و التّرك، فتأمّل جيّدا.

قوله (ره): (و من الاحتمالات الأحسن، هو الاحتمال الثانى- إلخ-).

لكنّه لاـ بـدّ ان يراد منه، التصرف الـذى لاـ يكون بـأحسن منه، لاـ مـا كان الأحسن مطلقا، ضـروره جواز اختيار أحـد التّصـرفين المتساويين الذين كانا أحسن من سائر التّصـرفات، و عليه لو فرضنا ان كلا من إبقاء الدّراهم، أو تبديلها بالدّينار، أحسن من سائر التّصرفات فيها، جاز له التبديل، حيث

١- وسائل الشيعه: ١٨- ١٠١- ب ١١- ح ٩.

٢- الأنعام: ١٥٢. و هو قوله تعالى «وَ لٰا تَقْرَبُوا مٰالَ الْيَتِيمِ».

٣- النساء: ٤٣.

لا أحسن منه، و ان لم یكن بالأحسن مطلقا، فتأمل.

قوله (ره): (بناء علی انّ المراد من منفعه الدّخول، ما یوازی عوض ما یتصرّفون- إلخ-).

أی ما یعمّه، و ما هو الزّائد علیه، لبعد إرادته بخصوصه، و كیف كان، فلا تنافی بین صدر الرّوایه و ذیلها، لكون الشّرطیه فی كل منهما مسوقه علی ما هو الغالب من حصول الضرر، أو النّفع من دخول بیت الیتیم، لندوه الموازاه بین الضّرر و النفع الدّاخلین علیه من الدخول، فلا تعرّض فی إحدیهما لهذه أصلا، فلا تعارض، كما لا یخفی.

[مسأله یشترط فی من ینتقل إلیه العبد المسلم أن یكون مسلما]

قوله (ره): (و لو بقرینه سیاقها الابی عن التّخصیص، فلا بدّ من حمله علی معنی- إلخ-).

و حمله علی ما یعمّ الملكیّه، موجب للتّخصیص، لتملّك الكافر للمسلم بالإرث، و بقاء ملكیته له فیما كفر المولی، بعد ما كانا مسلمین، أو أسلم العبد بعد ما كانا كافرین، فلا بدّ من الحمل علی ما یعمّ الملكیّه، فلا دلاله علی المنع عن بیع عبد المسلم من الكافر.

قلت: یمكن ان یقال: انّ الآیه (١)، و لو بقرینه سیاقها، لا بدّ من ان یحمل علی ما لا یرد علیه التّخصص، الّا انّ حملها علی ما یعمّ مثل تملكه له بالاختیار بشرائه، لا یوجبه، فان تملّكه بالإرث، أو ببقاء ملكیته قبل الإسلام، انّما هو بالتّعبد، لا بالاختیار، و كون التّملك بالاختیار، سبیلا، بل من أوضح السّبل، لا یستلزم كون التّملك حدوثا أو بقاء تعبّدا كذلك أصلا كما لا یخفی و من هنا یمكن ان یقال ان المال بالنسبه إلی العلو كذلك. فلا یكون الملكیّه القهریه التعبدیّه، بلا استتباعها السلطنه علوّا، و كان سلطنته علی تحصیلها بالشّراء علوّا، فافهم.

قوله (ره): (و حكومه الآیه (٢) غیر معلومه، و إباء سیاق الآیه من التّخصیص).

لا یخفی انّ العرف یساعد علی التوفیق بین ما دلّ علی الحكم

١- النساء: ١۴١. و هو قوله تعالی «وَ لَنْ یَجْعَلَ اللّهُ لِلْكافِرِینَ عَلَی الْمُؤْمِنِینَ سَبِیلًا».

٢- النساء: ١۴١.

للعناوين الثّانيه الطّاريه، و ما دلّ على الحكم للعناوين الأوليّه، بتقديم الأول على الثّانى، و ان كان بينهما عموما من وجه، و حمل الثانى على الحكم الاقتضائى، و لذا لم يلحظ بين مثليهما تعارض أصلا، و قد عرفت فى الحاشيه السّابقه عدم لزوم تخصيص فيها من طرف الاستدامه، فتأمل جدّا.

قوله (ره): (و هذا و ان اقتضى التّقييد فى إطلاق ما دلّ- إلخ-).

لا يخفى، انّ تقييد إطلاق دليل الاستقلال فى مورد ملك الكافر للمسلم، معلوم على كل حال، لوجوب بيعه عليه، و لو لم يكن بطيبه، فلا يكون حجره مع صحه بيعه منه، تقييد أخر، يحتاج ترجيحه على تخصيص الايه (۱) الى دعوى اهونيّته.

قوله (ره): (فيثبت فى غيره بعدم الفصل- إلخ-).

لا يكاد يثبت فى غيره، الّا على الأصل المثبت، اللّهم الّا ان يدعى عدم الفصل بين صحته بالاستصحاب فى مورده، و صحته فى غير مورده.

و بعباره أخرى يدّعى عدم الفصل بين الحكمين الظاهرين، لكنه كما ترى.

قوله (قدس سره): (لانّ استصحاب الصّحه متقدّم عليها فتأمل- إلخ-).

لا يكاد يقدم أصل على أصل أخر، إلّا إذا كان سببيّا بالنّسبه اليه، و لا سببيّه بين صحه البيع فى مورد استصحابها، و بين صحته فى غير هذا المورد، غايه الأمر، بين صحه أحدهما، و صحه الأخر، ملازمه، كما هو الحال فى الفساد، و لذا أمر بالتّأمل.

قوله (قده): (و اما تمليك المنافع ففى الجواز- إلخ-).

إنّما الاشكال و الخلاف فى الإجاره، و الرّهن، و الإعاره، و غيرهما، لأجل عدم تنقيح السّبيل المنفى، و انّه بمفهومه يعمّ ميل هذا التّسليط النّاشى من قبل أحدهما أولا، و المتّبع فى مثله، هو أصاله عموم دليل صحّه البيع، أو

۱- النساء: ۱۴۱.

إطلاقه، لو كان، و إلّا فأصاله الفساد.

قوله (قده): (ثمّ الظّاهر من لفظ الكافر- إلخ-).

بـل الظّاهر من لم يؤمن بـاللّه و رسوله (ص)، و ان لم يحكم بنجاسته، و حكم بنجاسه من حكم بكفره ممن انتحل بالإسـلام، و كونهم فى الخبـاثه مثلهم، أو أشـدّ، لاـ يقتضـى الاشتراک فى تمام الأحكام، و كـذلک إطلاق الكفر عليهم فى بعض الاخبار، لا يقتضـى ترتيب جميع الآثار عليه، مع وضوح انّه بلحاظ ماله من الخباثه الـذاتيّه الّتى لا يبعد ان يكون مقتضـيه لاشتراكه مع الكافر فى أحكامه، لو لا شرافه إسلامه.

قوله (قده): (الّا ان يمنع اعتبار مثل هذا العلم الإجمالى فتأمل).

لا وجه له، لعدم جواز تخصـيص اعتبار العلم ببعض الإفراد و الموارد، نعم يمكن دعوى عدم حصول العلم هيهنا على صـحه البيع واقعا على تقدير الكذب، بسبب نفوذ الإقرار عليه ظاهرا، و عدم كون التملّک و المالكيه، سببيلا و سيّاره، فتأمل جيدا.

قوله (قده): (لقوله (عليه السلام) فى عبد كافر أسلم: اذهبوه فبيعّوه (۱)- إلخ-).

يمكن ان يكون قوله (عليه السـلام): اذهبوه، بيان الحكم، و انّ بيعه عليه، تكليف المسـلمين، و يمكن ان يكون إذنا لهم فى بيعه، لولايته (عليه السـلام)، حيث ان بيعه عليه، على خلاف القواعد المتيقّنه، فلا محيص الّا عن الاقتصار على المتيّقن من رعايه الإذن ممّن احتمل ولايته عليه من الفقيه فى حال الغيبه، بل العـدول مع تعـذّره. نعم فيما إذا تعـذّر، فلا يبعد دعوى حصول القطع بنفوذ بيع سائر المؤمنين، للقطع بأنّه مطلوب على كل حال.

قوله (قده): (و يمكن ان يبتنى على انّ الزّائل العائد، كالّذى لم يزل- إلخ-).

لا وجه لهذا الابتناء أصلا، حيث انّ العائد لو سلّم أنّه كالّذى لم

۱- وسائل الشيعه: ۱۲- ۲۸۲- ب ۲۸- ح ۱.

يزل، الّا انّه بحسب النظر المسامحى العرفى، و الّا فلا شبهه انّه غير الأوّل، و الإجماع انّما كان على الأوّل، و الّا لم يحتج إلى أنّه كالّذى لم يزل. نعم ربّما يصحّ الابتناء فيما كان الدّليل على ملكيّته بالإرث، على خلاف قاعده نفى السبيل، بنصّ دعوى صدق انّه تلك الملكيّه على انّ العائد كغير الزّائل، فتأمل.

قوله (قدس سره): (يشكل فى الخيارات النّاشئه عن الضّرر من جهه قوّه أدله نفى الضرر- إلخ-).

لا يخفى انّ المقام، ليس مقام تعارض الدّليلين، بل من قبيل تعارض المقتضيين، كما فى تزاحم الواجبين، و ذلك لأنّ المقتضى لكلّ من النفى و الإثبات، من الضرر، و السّبيل، هيهنا، كما فى غيره بلا قصور فيه، و ليس عدم تأثيره، إلّا لابتلائه بالمزاحم الأقوى، كما لا يخفى. و فى مثله لا بدّ من التّرجيح بالأهميّه، لا بأقوائيّه الدّليل. نعم لو لم يحرز الأهميّه، فلا بأس بالتّرجيح بها للأوّل إلى تعارض الدّليلين فى الحكم الفعلى، و إحراز الأهميّه بها بطريق الان، فافهم، و لا يبعد دعوى أهميّه نفى السبيل المقتضى لنفى الخيار، عن نفى الضرر المقتضى لإثباته.

قوله (قدس سره): (فان هذا الضّرر انّما حصل من كفره الموجب لعدم قابليه تملك المسلم- إلخ-).

فيه انّه ليس من الاقدام بالضّرر المانع عن شمول قاعدته له، كما إذا أقدم على البيع بالأقل عن علم، بل من الاقدام على ما كان حكمه بحسب عموم أدله الضّرر، لو لا قاعدته، فلو لم نقل بالخيار، فلا بد من تخصيصها بقاعده السبيل و العلو المنفيين بناء على ما عرفت من انّ مجرّد التملك بلا اختيار، و ان لم يكن سبيلا و علوا، الّا انّ تحصيله بالاختيار بالبيع، أو بالفسخ بالخيار، كان سبيلا و علوّا، فلا تغفل.

قوله (قدس سره): (مع انّه على تقدير المقاومه يرجع الى أصاله الملك و عدم زواله بالفسخ و الرجوع- إلخ-).

لا بأس باستصحاب الملك، لتحقق ركنيه، و امّا استصحاب عدم

الزّوال بالفسخ، فلا مجال له بلا ارتیاب، لعدم التّیقن به سابقا، و انّما یجری فیما إذا قطع به، ثم طرء ما یوجب الشّک فی بقائه و ارتفاعه. نعم لا بأس باستصحاب عدم ثبوت حقّ الخیار، و ازاله الملک بالفسخ بالعقد، للشّک فی حدوثه به بعد القطع بعدمه، و لو لعدم سببه و موضوعه.

[القول فی شرائط العوضین]

[یشترط فی کلّ منهما کونه متموّلا]

اشاره

قوله (قدس سره): (یشترط فی کلّ منهما کونه متموّلا- إلخ-).

لا یخفی انّ بین المالیّه و الملکیّه عموما من وجه، لافتراقهما من حبّه حنطه، و الکلی المتعهّد به، حیث انّ الأول ملک و لا مال، و فی الثانی یعکس الحال، فإنّه یبذل بإزائه المال، مع انّه لیس بملک قبل البیع لأحد، و ان صار ملکا للمشتری أو البائع بالمال، و قد انقدح به، انّ المعتبر فی صحّه البیع هو المالیّه. نعم لو کان بالفعل ملکا، فلا بدّ ان یکون ملکا للبائع، و الّا لکان فضولیّا یتوقّف نفوذه علی الإجازه، أو باطلا، علی الخلاف، کما تقدم.

قوله (قدس سره): (إذ لا بیع إلّا فی ملک- إلخ-).

قد عرفت انّ النسبه بین الملکیه و المالیّه عموم من وجه، فلا وجه للاستدلال به علی اعتبار المالیه، مع انّه انّما لا بیع إلّا فی ملک فیما هو بالفعل ملک، لما أشرنا إلیه من صحه بیع الکلی، بلا خلاف و لا اشکال مع انّه لیس بملک بالفعل، و ان کان بالمال، فالأولی ان یقال: انّ ما لیس عرفا بمال، فلا خلاف و لا إشکال فی عدم جواز وقوعه أحد العوضیین فی البیع، فإنّه مبادله مال بمال.

قوله (قدس سره): (و الّا فلا یخفی وجوب الرجوع الی عمومات صحه البیع- إلخ-).

فیه ما لا یخفی، فان الرجوع إلیها تمسّک بالعام فیما اشتبه کونه من مصادیقه، بناء علی اعتبار مالیّه العوضین فی البیع، کما أشرنا إلیه. نعم- یصحّ الرّجوع الی عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (۱) لو لم نقل باعتبار ذلک فی صدق-

---

۱- المائده: ۱.

العقد عرفا أيضا، كما صحّ الرّجوع الى عمومات البيع أيضا، فيما إذا شكّ فى- ماليّته شرعا، فتأمل جيّدا.

قوله (قدس سره): (ثمّ انّهم احترزوا باعتبار الملكيّه (۱)، من بيع ما يشترك فيه النّاس- إلخ-).

أى ما يباع لهم و جاز لهم التّملك بالاحتطاب، و الاصطياد، و الاتّخاذ، و عدم جواز بيعها قبل تملّكها ليس لعدم ملكيتها لأحد، و الّا فقد عرفت عدم اعتبار الملكيه قبل البيع، بل لعدم كونها قبل التّملك مالا يبذل بإزائه المال، و يكون بذله بإزائه سفها، و أكل المال بإزائه باطلا، فافهم.

[الكلام فى أحكام الأرضين]

قوله (قدس سره): (و احترزوا به أيضا عن الأرض المفتوحه عنوه- إلخ-).

لا يخفى انّ مجرد اعتبار الملكيه، لا يوجب الاحتراز عنها، لكونها مملوكه أيضا للمسلمين بنحو من الملك، مع انّه لا وجه للاحتراز عنها، لصحه بيعها إذا رأى الامام (عليه السلام) فيه المصلحه، و توقف صحه بيعها على المصلحه، غير عدم جواز بيعها.

قوله (قدس سره): (ربّما يكون فى بعض الاخبار (۲)، وجوب أداء خراجه الى الامام (عليه السلام) إلخ-).

و هذه الاخبار ظاهره فى بقائها فى ملك الامام (عليه السلام) أيضا، و هى أظهر مما دلّ على حصول الملك بالاحياء لمن أحيا، و لو سلّم عدم كونها أظهر، فالتّوفيق بحمل ما كان ظاهرا فى حصول الملك على حصول الاختصاص، ما يساعد عليه العرف، فيتعيّن لو لا الإجماع على حصول الملك.

قوله (قدس سره): (فدخل فى عموم النبوى: من سبق الى ما لا يسبقه أحد (۳)- إلخ-).

انّما سيق الإطلاق مساق أحقيّه السابق، و عدم جواز مزاحمه

۱- و فى المصدر: باعتبار الملكيه فى العوضيين من بيع.

۲- وسائل الشيعه: ۱۷- ۳۲۸- ب ۳- ح ۲.

۳- السنن للبيهقى: ۶- ۱۴۲ (باب من أحيا أرضا ميته ليست لأحد).

اللاحق، لا فی مساق جواز السبقه حتی کان عدم جواز السبق إلی أموال الناس بدلیل خاص، فلا یجوز التّمسک بإطلاقه فیما إذا أشک فی جوازه، کالأرض العامره التی هی تکون ملکا للإمام (علیه السلام).

قوله (قدس سره): (فان کانت العماره اصلیه فهی الإمام (علیه السلام) إلخ-).

بلا اشکال و لا کلام إذا لم یملکها غیره بالحیازه، بناء علی التّملک بها، و الّا فحالها حال الأرض المحیاه الّتی عرضها الموت التی قضیّه الاستصحاب، و بعض الاخبار، بقائها علی ملک مالکا، و بعض الاخبار دلّ علی ان الأرض الخربه ترکها أهلها و عمرها غیرها فهی لمعمرها (۱).

قوله (قدس سره): (ثم ما یملکها الکفّار من الأرض (۲)- إلخ-).

کانت محیاه، أو عامره بالأصل، أو میته إذا عرضها الموت، بناء علی بقائها فی ملک مالکها، إذا الظاهر من الدّلیل حکم المفتوحه عنوه، صیروره کلّما کان مملوکا للکفّار، ملکا للمسلمین، فلیراجع الأدله.

قوله (قدس سره): (و ظاهره کما تری عدم جواز بیعها- إلخ-).

و علیه یشکل بیع ارض العراق و شرائها، فإنّها فتحت عنوه، مع انّه من المتعارف بلا نکیر، و یدفع بأنّ المحیاه منها حال الفتح، کانت ملکا للمسلمین، و امّا المیته حاله فهی لمحییها، فکل ارض منها لم یعلم کونها محیاه حاله، و کانت تحت ید، یحکم بکونها ملکا لذی الید، فجاز بیعها و شرائها، مع انّ ما کانت محیاه حاله، یمکن ان یکون الامام (علیه السلام) قد نقلها.

لا یقال: نعم، و لکن لا یکاد و یکون الید الاماره الملک فی الطرف العلم الإجمالی.

فإنه یقال: نعم، لکنه لو لا الانحلال الی العلم التّفصیلی و الشّک

۱- وسائل الشیعه: ۱۷- ۳۲۸- ب ۳.

۲- و فی المصدر: ثم ما ملکه الکافر من الأرض.

البدوی، و ذلک لانّ ما علم تفصیلا من الأراضی الخراجیّه، بالمقدار المعلوم بالإجمال، و لو لم یکن بذاک المقدار، فاطرافه غیر محصوره بلا اشکال.

قوله (قدس سره): (ففی عدم جواز التّصرف الّا فیما أعطاه السلطان الذی حلّ قبول الخراج- إلخ-).

الظّاهر انّه لا إشکال فی جواز التّصرف فیما أعطاه السّلطان و قبله مما کان تحت سلطانه، لما دلّ من الاخبار علی جواز التّقبیل منه، و امّا ما لا یکون بیده و تحت سلطانه، ففیه اشکال، لاحتمال ان یکون الفقیه مرجعا فی مثله فی حال الغیبه أو السّلطان، کما کان فی غیره ممّا یکون تحت یده، فلا بدّ فی التّصرف فیه من إذنهما، لدوران الأمر بینهما لو أمکن، و الّا فیما أمکن للعلم بان الشّارع لا- یرضی بتعطیله مطلقا، و لا ینافی هذا، توقّفه علی اذن الفقیه أو السلطان لو أمکن، کما لا یخفی. نعم لا یبعد دعوی کفایه إذن الفقیه فیه مطلقا، و عدم الاعتداد بإذن السّلطان فی غیر ما نهض علیه الدّلیل، لما دلّ علی عدم جواز الرّکون الی الظالم (۱).

قوله (قدس سره): (و یؤیّد بل یدل علیه استمرار السّیره خلفا عن سلف، علی بیع الأمور المعموله- إلخ-).

لا یخفی انّه لا تأیید فیه، فضلا عن الدّلاله، لعدم إحراز کون الأراضی الّتی یؤخذ منها الأمور المعموله محیاه حال الفتح، کی یکشف السیره إذا کانت واجده لشرائط الاعتبار عن کونها کالمباحات، و قد عرفت انّ إطلاق (من سبق) (۲) انما یکون فی مساق بیان أحقیّه السّابق من اللّاحق.

فتذکر.

[و اعلم أنه ذکر الفاضلان فی فی شروط العوضین بعد الملکیه کونه طلقا]

اشاره

قوله (قدس سره): (فالتّعبیر بهذا المفهوم المنتزع تمهید لذکر الحقوق المانعه- إلخ-).

هذا بحسب النظر الجلی العرفی، و اما بحسب النّظر الدّقیق، فالمانع هو

۱- هود: ۱۱۳.

۲- ورد بهذا المعنی فی السنن لأبی داود- ۳- ۱۷۸.

الجامع بين الحقوق، فإنّه على شتاتها، و تفرقها، يكون مجتمعه فى المنع عن تأثير البيع، فلا بدّ ان يكون هذا بما يجمعها يكون مشتركه فيه، و يكون الشرط هو فقد ذاك الجامع الذى عبّر عنه بكونه طلقا، اى فاقدا لذاك المانع، فليس الأمر فى الأصاله و الفرعه فى هذا الشرط، و فروعه على العكس، فافهم.

[مسأله لا يجوز بيع الوقف إجماعا]

اشاره

قوله (قدس سره): (و مما ذكرنا ظهر انّ المانع من بيع الوقف أمور ثلاثه- إلخ-).

و التّحقيق انّ واحدا منها لا يصلح للمنع عن البيع، امّا الواقف فلانقطاع العين الموقوفه منه بالوقف، و صيرورته أجنبيّا عنها كغيره، و استحقاقه الأجر و الثواب بنفس وقفه كسائر عباداته، و كونها صدقه جاريه، لا يقتضى كونها متعلّقه لحقّه، غايه الأمر انتفاعه بها ما دامت باقيه، لأجل خصوصيه عمله، مثل «من سنّ سنه حسنه (۱)» من دون تعلق حق منه بها أصلا، و اما اللّه تبارك و تعالى، فالأعيان الموقوفه كسائر الأعيان من السموات و الارضيين، و ان كانت ملكا له تعالى، الّا انّه ليس بمانع عن البيع، و كون نفس الوقف للّه تعالى، و هذا العمل له، و عليه عوضه، لا يقتضى كون العين الموقوفه متعلّقه بحقّ له، مانع عن بيعها، كما لا يخفى، و اما البطون اللّاحقه، فلو سلّم كون العين فعلا متعلّقه لحقّها، فإنّما يكون مانعا عن بيعها على ان يكون الثمن ملكا للموجودين من الموقوف عليهم، لا على ان يكون الثّمن كالمثمن متعلّقا لحقوقها، إذا كان البيع صلاحا للوقف، فلم يبق ما يمنع عنه، الّا الإجماع، و الاخبار. و دعوى كون جوازه منافيا لمقتضى العقد، سواء كان عدم البيع و مثله، مأخوذا فى قوامه، أو كان من لوازمه و أحكامه، و هذه الدّعوى بيّنه فى الجمله، ضروره انّ حبس الأصل الذى لا معنى له، الّا الممنوعيّه عن التّصرفات النّاقله أو المتلفه له، داخله فى قوامه، و لا أقلّ من كونه من لوازمه و أحكامه.

نعم كونه كذلك مطلقا، و لو طرء عليه من الأداء الى الخراب،

۱- كنز العمال- ح ۴۳۰۷۹ و ۴۳۰۷۷ (و بهذا المعنى ورد فى البحار- ۷۱- ۲۵۸).

و الخلف، و الفساد بين الأرباب، و غير ذلك، أو ما لم يطرء عليه مثل ذلك، و الّا فالحبس انّما كان معتبرا فيه ببدله، بان يكون حبسه بماليه غايته يكون حبسه بنفسه قبل طروّ أحد الطّوارى، كما هو المقصود الاولى الأصلى و ببدله، فيما إذا طرء أحدها، و هو المقصود الثّانوى، محلّ اشكال بل و خلاف. و قد انقدح بذلك، انّ جواز البيع، ينافى الحبس الذى يكون به قوامه، أو يكون من لوازمه و خاصيّته على وجه و قول، فلا محيص على هذا عن بطلانه، و على وجه آخر يكون كذلك، بالنسبه إلى مرتبه منه، و هى المرتبه الاولى، و المقصود الأقصى، لا بحسب حقيقته و ماهيّته، كى يوجب بطلانه كلّا، و اضمحلاله أصلا.

و بذلك ظهر ان من يقول ببطلانه بالجواز، كان نظره الى ان المنع عنه من لوازمه و أحكامه، لو لم يكن داخلا فى قوامه، و ان من يقول بعدم بطلانه به، بل بالبيع كان نظره الى انّه من لوازم بعض مراتبه، لا من خواصّ حقيقيه أو من مقومات ماهيّته، لكنه لا يخفى انّه بالبيع على هذا، لا يبطل الوقف أيضا، إلّا بالنسبه إلى العين نفسها، لا ببدلها. و قد عرفت ان حبسها بنفسها مرتبه من المقصود، لإتمامه، مع انّ صريح كلامه- ره- عدم بطلانه بالجواز، بل بالبيع فيما إذا قبل به، لضروره البطن الموجود، مع انّه ينافى الحبس المعتبر فيه رأسا، و لعلّ نظره (قدس سره) الى انّ الوقف معه لا يصير كأنّه ما كان عن رأس، بحيث لو اتّفق عدم بيعه، مع جوازه الى ان ارتفع ما كان سوّغه كان كما إذا لم يرتفع، بل يصير كما إذا لم يكن هناك ما سوّغه.

و لا يذهب عليك انّ عدم البطلان بهذا المعنى، لا يستلزم عدمه مطلقا، ضروره بطلانه فعلا بطروّ ما ينافيه بذاته أو بخاصيّته، عرفا و شرعا، فما دام هذا المنافى، كان الوقف غير نافذ، فباطل، و إذا ارتفع بارتفاع موجبه، كضروره أربابه، أو خلفهم المؤدّى إلى خرابه، عادت صحته، فيصير صحيحا شرعا، كما كان أولا، و لا غرر فيه أصلا، و يمكن بذلك التّصالح بين القولين، كما لا يخفى. فتدبر جيّدا.

ثم انّه لا يلزم على هذا مخالفه لقاعده (العقود تابعه للقصود)، فإنّه أيضا مقصود، غايته انّه ليس بالمقصود الأقصى.

ان قلت: كيف إدراج هذه المرتبه فى العقد، مع انّه لا يكاد تدرج فى إرادته من مثل (وقفت كذا) مع وضوح تبعيّته للقصد.

قلت: لا بدّ فى إدراجه فيه، و قصده من دلاله أخرى، و هى كون الواقف بصدد جعلها صدقه جاريه ينتفع بها، و العين غالبا بنفسها لا تصلح لذلك، لكونها فى معرض الخراب، و غيره ممّا ينسدّ به باب الانتفاع بها، فيكون قرينه على حبسها بنفسها، ما لم يطرء مثل ذلك، و ببدلها فيما إذا طرء، فافهم. و بالجمله فالوقف لا ينافى جواز البيع، الّا فيما إذا لم يكن هناك طار أصلا، و اما مع طروّه فلم يظهر انّه ينافيه، و يأتى تفصيل القول فيه، فى ذيل كلامه- ره- و الإجماع أيضا لم يقم الّا على عدم الجواز كذلك، و الاخبار الدّاله على المنع (١)، و ان كانت مطلقه، الّا ان إطلاقها، ليس بلحاظ الطّوارى، فلا مجال للتّمسك به فى الحكم بعدم الجواز مع أحدها عند الشّك فيه بلا اشكال، فلم يبق إلّا أصاله عدم الجواز الثابت قبل طروّها، فلا بدّ من اتباعها الى ان يقوم دليل على الجواز.

[فاعلم أن الكلام فى جواز بيع الوقف يقع فى صور]

[الأولى أن يخرب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه]

قوله (قدس سره): (و الحاصل انّ جواز بيعه تبعا غير مناف لما قصده الواقف- إلخ-).

و ذلك انّه و ان أخذ فى حقيقه الوقف بقاء العين الموقوفه، الّا انّه فيما إذا لم يؤدّ الى انعدامها أصلا، و امّا فيما يؤدّى إليه، فإن كان البقاء ممّا لا بد منه فى الوقف، فلا محيص عن ان يكون بماليتها لا بنفسها، كما لا يخفى، غايه الأمر لا بدّ من بقائها بنفسها ما دام يمكن، و لا يؤدّى الى التّلف، و بماليّتها و بدلها فيما يؤدّى، كيف و ليس هذا الحبس، إلّا لأجل الانتفاع بها، فكيف يوجد فيما يوجب ضياع أصل العين. و بالجمله دعوى القطع بأنّ أخذ حبس العين بشخصها فى الوقف، انّما يكون ما دام لم يؤدّ الى الانعدام، و الّا فيبدلها

١- وسائل الشيعه: ١٣- ٣٠٣- ب ۶.

ليست مجازفه.

قوله (قدس سره): (فينتهى ملكه الى من أدرك أخر أزمنه بقائه- إلخ-).

فكان حاله حال ما لا يمكن تبديله، و لا ينافى ذلك، الأبديّه المعتبره فى الوقف، ضروره انّها انّما يكون فى قبال التّوقيت، الّا ان يدّعى اعتبار التأبيد و لو بالبدل، فافهم.

قوله (قدس سره): (و مما ذكرنا يظهر انّ الثمن لا يختصّ به البطن الموجود (١)- إلخ-).

لاـ ريب فيه على تقدير كون الوقف ممّـا يتعدّد فيه المطلوب، و يكون بحسب حقيقته ذا مرتبتين: حبس العين بنفسها ما دام ممكنا، و حبسها ببدلها فيما لم يكن. و اما على تقدير كون الوقف ذا مرتبه واحده، فإن قلنا انها تمليك العين لخصوص من يبقى الى زمانه من البطون، فالثمن للبطن الموجود، لعدم دخل للبطون اللّاحقه فى العين أصلا، كما لا يخفى، و ان قلنا انّها التّمليك لجميع البطون، ففى اختصاص الثمن بالبطن الموجود، أو كالمثمن لجميع البطون، اشكال من كون العين فعلاـ مملوكا للبطن الموجود و لاـ ملكيّه فعليه للبطون المعدومه، و هو واضح، و لاـ شأنيّه، فإنّ الواقف و ان أنشأ ملكيّتهم، الّا انّه حيث لا يكاد يبقى العين الى زمانهم، فلا يكاد يصير ملكا لهم، فكيف لهم ملكيّه شأنيّه، و لا حق لهم فيها فعلا إذ مع عدم صحه اعتبارها للمعدوم، فلاـ موجب له فى العين، و من انّ البطن الموجود و ان كان فعلا مالكا، الّا انّ ملكهم لها ليس بملك طلق لها حيث انّه بمقتضى جعل الواقف ما دام حياته، و لذا لا يكون ممّا تركه، و قضيّه العوضيّه ان يكون الثمن كذلك، لا طلقا بحيث صار ممّا تركه لو مات، و تعمّه أدله الإرث. فافهم.

قوله (قدس سره): (و ممّا ذكرنا ظهر عدم وجوب شراء المماثل- إلخ-).

و هذا ظاهر ان كان التّبديل من أحكام الوقف، لا مرتبه من حقيقته و يجعل الواقف، و الّا ففى شراء المماثل، أو البيع بالمماثل إن أمكن، و عدمه

١- و فى المصدر: و مما ذكرنا يظهران الثمن على تقدير البيع لا يختص به البطن الموجود.

لاـ بدّ من ملاحظه غرض الواقف انّه تعلّق فى هذه المرتبه بما هو الأصلح للموقوف عليهم، أو بما هو المماثل للعين الموقوفه، فيتعيّن ما عيّنه، و تعلّق به غرضه. هذا فيما علم غرضه، و فيما لا يعلم فلا بدّ من ببعد بالمماثل أو شرائه إذا كان فيه الصّلاح، و اما إذا لم يكن فى المماثل صلاح، ففيه اشكال. و فى التّعيين بالقرعه وجه. و بذلك قد انقدح اختلافه- قدس اللّه روحه- مع العلامه- أعلى اللّه مقامه- لاختلاف نظرهما فى انّ التّبديل من أحكامه، أو من مراتبه، كما انقدح مواقع النّظر فى كلامهما. فتأمل جيّدا.

قوله (قدس سره): (ثم انّ المتولّى للبيع، هو البطن الموجود بضميمه الحاكم- إلخ-).

لاـ اشكال فيه ان كان هذا من أحكامه و لم يختص الثمن بالبطن الموجود، اما إذا كان من مراتبه فالمتولّى له هو المتولّى المنصوب من الواقف، الّا ان لا يكون توليته بحسب جعله بحيث يعمّ المرتبه الثانيه من الوقف.

[الصوره الثانيه أن يخرب بحيث يسقط عن الانتفاع المعتد به]

قوله (قدس سره): (لكن الخروج بذلك من عموم أدله وجوب العمل بمقتضى وقف الواقف- إلخ-).

و لو نوقش فى عموم تلك الأدلّه لهذه الصوره كالصّوره السّابقه، فلا أقلّ من استصحاب عدم الجواز قبل عروض الخراب، فلا يجوز الخروج بذلك عمّا هو مقتضى الإصلاح، إلّا بالقطع بالجواز، كالصّوره الأولى، و انى لنا دعواه و ان كانت غير بعيده.

قوله (قدس سره): (و ان أريد بالعنوان شى ء آخر فهو خارج- إلخ-).

لاـ يبعد ان يقال، انه لو أريد به كون قصد الواقف حبس العين فى وقفها ما دامت معنونه بعنوان كذا، و قيل بعدم بطلان مثله لعدم التأييد، لما عرفت من انّه ما يقابل التّوقيت، و لا توقيت هيهنا، لا يبعد ان يقال بالبطلان بزوال العنوان بمعنى انتهاء الوقف إلى الغايه و النّهايه.

[الصوره الرابعه أن يكون بيع الوقف أنفع و أعود للموقوف عليه]

قوله (قدس سره): (على جواز البيع بمجرد الأنفعيّه إشكال- إلخ-).

حيث لا دلاله فيها على الجواز، الّا فيما احتاجوا و رضوا، و كان البيع خيرا لهم.

[الصوره السادسه أن يشترط الواقف بيعه عند الحاجه]

قوله (قدس سره): (لعدم ثبوت كون جواز البيع منافيا لمقتضى الوقف- إلخ-).

و مع عدم ثبوت المنافاه، قد صح التّمسک بعموم «المؤمنون عند شروطهم [(۱)](#)» بضميمه أصاله عدم كون الشرط مما وقع بينه و مقتضى العقد، المنافاه، و مثله باق تحت العموم، لكنه لا يصح معه التّمسک بأدلّه نفوذ الوقف لاحتمال المنافاه، و كون مقتضى العقد ينافيه، فلا عقد أصلا لأجل المناقضه لو قصد الواقف و لو إجمالا أولا عند الوقف، أو قصد ثانيا بسبب الشرط، فلا يترتّب عليه ما يختص من الأحكام بالوقف، كما لا يخفى.

قوله (قدس سره): (فان التّحقيق كما عرفت سابقا ان جواز البيع لا يبطل الوقف- إلخ-).

قد عرفت ما هو التحقيق فى ذلک من التفصيل، و انه لا يبطله لو كان عدم جواز البيع من أحكامه لا ممّا له دخل فى قوامه، و انّه انّما لا يوجب بطلانه أصلا بمعنى انفساخه و اضمحلاله، فراجع هناک.

قوله (قدس سره): (و امّا حبس شخص الوقف فهو لازم لإطلاقه- إلخ-).

لا يخفى انّ الوقف لو كان ذا مرتبه واحده فحبس الشّخص كان لازم، فإنه لو لم يكن من ذاتياته و ان كان ذا مرتبتين، فحبسه و ان كان ما دام تجرّده عن المسوغات، و معها كان حبس الوقف بماليته لا بشخصه، الّا ان حبس الشخص فى الجمله بدونها مقتضى ذاته، و لذا لا يصح شرط جواز البيع مطلقا بلا شرط المصلحه أو الحاجه قطعا. نعم لمّا لم يعلم ان حبس الشّخص مع الحاجه أو المصلحه فى البيع إذا لم يكونا من المسوغات، كان للإطلاق أو مقتضى الذات فى المرتبه الأولى، كان الحكم بصحه شرط جواز البيع مع أحدهما، و نفوذه مما لا بد فيه من أصاله عدم المنافاه، كما عرفت.

۱- مستدرک الوسائل: ۲- ۴۷۳.

قوله (قدس سره): (و السّند صحيح و التأويل مشكل- إلخ-).

لا- يخفى على من نظر فى الرّوايه (۱) على طولها، من صدرها الى ذيلها، عدم إبائها عن الحمل على انّه (عليه السلام) اوصى بصدقه ما عيّنه من أمواله ببيع و غيره، كما يدلّ عليه قوله (عليه السلام) فى صدرها بعد البسمله، «هذا ما اوصى به فى ماله عبد اللّه على» و ان كان فى بعض فقرأتها، شهاده على انّه أوقفها مثل قوله: «و انّ الذى كتب من أموالى هذه صدقه واجبه تبله، حيّا أنا أو ميتا». لكنّه لا يأبى عن الحمل على التأكيد فى صدقه ما كتبه بعد موته، و انّه لا يكاد يرجع عن هذه الوصيّه، لا أنّه جعله صدقه فى حال حياته، كيف، و الّا فلا بدّ من حمل قوله «هذا ما اوصى به فى ماله» على مجرد الإقرار، و هو بعيد جدا، كما يظهر من ملاحظه سائر الفقرات، فراجع فيها.

[الصوره العاشره أن يلزم فساد تستباح منه الأنفس]

قوله (قدس سره): (فاذا فرض القطع أو الظّن بانقطاع شخصه- إلخ-).

الظاهر انّ جواز البيع يدور مدار التأديه إلى الخراب، بحيث لو قطع بالتّأديه اليه، ثم ظهر انّه أخطأ ظهر انه لم يكن هناك جواز أصلا، و عليه لا دليل على إلحاق الظّن به هيهنا، الّا ان يقال: انّه لو لا اعتباره، لوقع فى المخالفه كثيرا، و هو مما يقطع بأنّه خلاف غرض الشارع، بل يمكن بذلك ان يستكشف ان جواز البيع، بناء على كونه من مراتب الوقف، و تعلّق به قصد الواقف فى الجمله، يكون بمجرد الظّن بالتّأديه، لا مرتّبا على نفسها، فتأمل.

قوله (قدس سره): (و فيه انّ الغرض من الوقف، استيفاء المنافع (۲)- إلخ-).

هذا انّما يتم لو كان مبنى كلامهم على انّ الوقف، هو حبس خصوص العين، و اما إذا كان مبناه على انّه حبسها بنفسها ما دام الانتفاع بها و ببدلها، فيما إذا لم يكن لها انتفاع، فلا ضروره انّ الانتفاع بالبدل عليه يكون من الوجوه و المقصود بالوقف، لا الأقرب بمقصود الواقف. نعم يقع الكلام معهم فى الصّغرى، و ان الانتفاع بالبدل من مراتبه، أو ليس له، الّا

۱- وسائل الشيعه: ۱۳- ۳۱۲- ب ۱۰- ح ۴.

۲- و فى المصدر: و فيه ان الغرض من الوقف، استيفاء منافعه.

مرتبه الانتفاع بالشّخص، كما مرّت الإشاره إليه، فلا تغفل.

قوله (قدس سره): (عدى المكاتبه المشهوره (۱)).

و لا يخفى انّ المكاتبه مع اشتمالها على ما لا يقول به أحد، و هو جواز البيع بلا طرو عارض أصلا فيما هو سهم الامام (عليه السلام) من الوقف، غير دالّه الّا على جواز البيع فى بعض الصّور، و لم يعلم عمل المشهور بما هو ظاهرها، كى يوجب بذلك انجبارها. الّا ان يقال: انّما يكون الانجبار بتوافقهم على العمل بها، و ان اختلفوا فيما استفادوا عنها، لكنه إذا علم انّ استنادهم فيما صاروا اليه كان إليها، و هو محل تأمّل، بل منع، فتأمّل جيّدا.

[و أمّا الوقف المنقطع]

قوله (قدس سره): (اشكال من حيث لزوم الغرر بجهاله وقت- إلخ-).

يمكن ان يقال: انّ الجهاله انّما توجب الغرر المضرّ فيما إذا كانت فى نفس العوضين، لا فى منافعهما، حيث انّ المنافع ليست موردا للبيع، و لذا لو لم يعلم مقدارها، و انّ منفعه هذه العين، قليله أو كثيره، لم يضر قطعا. نعم تفاوت المنفعه، توجب تفاوت ماليّه ذى المنفعه، و الجهل بها ربّما يوجب الجهل بمقدار ماليّته، لكن الجهل بمقدار الماليّه مع العلم بالمال، لا يوجب الغرر، و لو سلّم فلا يكون بمضرّ بلا اشكال.

قوله (قدس سره): (لان حقيقته وقف مؤبّد (۲)- إلخ-).

هذا إذا كان صرفه فى سبيل اللّه بعد انقطاع الموقوف عليهم بجعل الواقف، بحيث كان داخلا بنحو فى إنشائه، و امّا إذا كان تعبّدا من دون دخوله فى جعله و إنشائه، و كان صرفه فى سبيل اللّه، لانّه مال اللّه حيث خرج عن ملك الواقف و لم يدخل فى ملك الموقوف عليهم، ملك طلق ليرثه ورثتهم، فاذا انقطعوا فيبغى بلا مالك، فيصرف فى سبيله تعالى، فافهم.

[مسأله و من أسباب خروج الملك عن كونه طلقا صيروره المملوكه أم ولد لسيدها]

اشاره

قوله (قدس سره): (ثم انّ المنع عن بيع أمّ الولد قاعده كليّه- إلخ-).

يمكن المناقشه فى استفادتها من الاخبار التى ذكرها، و ذلك لانّ

۱- وسائل الشيعه: ۱۳- ۳۰۳- ب ۶- ح ۵.

٢- و فى المصدر: لأنه حقيقه وقف مؤبد.

روایه محمد بن مارد (۱)، ظاهره فی کون الکلام فیها مسوق البیان جواز البیع قبل حدوث الحمل عنده، و عدم کون الولد بالتّرویج، مانعا لا ـ لبیان المنع عنه بعد حدوثه عنده أیضا، کی یدلّ بالمفهوم علی الکلیّه، کما یظهر من التأمل فی السؤال عنه (علیه السلام) و جوابه. و روایه السکونی (۲) لا ـ دلاله فیها علی المنع أصلا، بل علی انّ المکاتبه إذا وطئها مولاها و صارت حبلی، و عجزت عن أداء مال الکتابه، کانت من أمهات الأولاد، و یترتّب علیها، ما یترتب من الأحکام علیها، کما لا یخفی. و صحیحه عمر بن یزید (۳)، غایه دلالتها ان المقتضی للمنع فی أمّهات الأولاد، کان مرتکزا فی ذهن السّائل حیث سئل عن الوجه المسوغ للمبیع، و الامام (علیه السلام) قد قرّره علیه، و هو غیر الدّلاله علی عموم المنع فعلا، کما هو المدّعی.

ان قلت: فیما ذکرت من الدّلاله، کفایه فی البناء علی عدم جواز البیع علی نحو القاعده فی الموارد المشبهه لثبوت المقتضی، و أصاله عدم ثبوت المزاحم.

قلت: نعم لو لا کون هذا الأصل مثبتا، ضروره انّ ترتّب المقتضی بالفتح علی عدم المانع عند ثبوت المقتضی، عقلی و ان کان حکما شرعیّا.

و امّا قول أمیر المؤمنین (علیه السلام) (۴) فی جواب السؤال عن بیع امه أرضعت ولده، «خذ بیدها و قل من یشتری أم ولدی» فغایته الدّلاله علی ما فی بیع أم الولد فی نفسه من الاستهجان و الاستنکار عرفا، لا المنع عنه شرعا مطلقا، کما هو المدّعی، کیف و لا منع ظاهرا عن بیع أمّ الولد رضاعا. فافهم. فالمتّبع عند الشّک فی جواز بیعها، هو استصحاب الجواز لو لم یکن إطلاق الأدلّه وافیا، و الّا کان هو المرجع. و اما حدیث سلطنه الناس علی أموالهم (۵)، فیمکن

۱- وسائل الشیعه: ۱۴- ۵۸۹- ب ۸۵- ح ۱.

۲- وسائل الشیعه: ۱۶- ۹۷- ب ۱۴- ح ۲.

۳- وسائل الشیعه: ۱۳- ۵۱- ب ۲۴- ح ۱.

۴- لم أعثر علیه بهذه العباره نعم هناک روایات تدل علی ذلک. راجع وسائل الشیعه ۱۶- ۱۰۴.

۵- بحار الأنوار: ۲- ۲۷۲.

منع دلالته فإنّه بصدد بيان، انّ الملک هو السلطان على ما هو جائز من التّصرفات، كما بيّنا فى غير المقام، فى قبال حجره، و الشّک هيهنا فى جواز البيع لخصوصيّه فى أمّ الولد، ضروره انّه لا شکّ فى سلطنته على تقدير جوازه.

فتدبّر جيّدا.

[أمّا المواضع القابله للاستثناء]

[القسم الأول إذا تعلق بها حق للغير أولى من الاستيلاد]

[منها ما إذا كان على موليها دين و لم يكن له ما يؤدى هذا الدين]

قوله (قدس سره): (و اندفاع التوهم بكلا شقّيه واضح- إلخ-).

اما الأوّل فلانّ السؤال لم يكن من تمام موارد جواز بيع أمّ الولد، ليقيّد الجواب الحصر بما ذكره من الموارد، بل كان عن وجه بيع الأمير (۱) (عليه السلام) لها، فلا ينافى ان يكون هناک وجه أخر لجواز بيعها، كما لا يخفى. و اما الثانى فلانّ الظاهر من السؤال فى ذيل الرّوايه، انّه يكون عن جواز البيع فى الدّين بعد الموت، فلا يشمل الجواب صوره بيعها فى الدّين فى حال الحياه. اللّهم الّا ان يدعى الأولويّه، فافهم.

قوله (قدس سره): (نعم ربّما يمنع عدم القاعده على هذا الوجه- إلخ-).

كما عرفت وجه المنع بما لا مزيد عليه، و الّا فلا يكون الخلاف فى المورد مضرا بالإجماع على القاعده و لزوم اتباعها فيه ما لم يخرجه دليل عن تحتها، كما لا يخفى، و قد عرفت انّ مجرّد ثبوت ما يقتضى المنع عن البيع، لا يقتضى العموم فى مقام الإثبات، و هو المجدى عند الشک بالجواز، لأجل ثبوت ما يشکّ فى مزاحمته له الّا مجرد ثبوت المقتضى، كما مرّ.

قوله (قدس سره): (كما يظهر بالتّأمل- إلخ-).

و ذلک لقوّه احتمال ان يكون المنع فى روايه ابن مارد (۲)، اقتضائيّا، و كان الجواز فى الروايه بملاحظه ما عرض من الخصوصيه المـاليّه الموجبه لجواز البى ء، مع انّه لو ادّعى مساواه ظهورهما فى المنع و الجواز، لكان التوفيق بينهما بحمل روايه ابن مارد على كون المنع كذلک، أى اقتضائيّا، لكن سند الرّوايه

۱- وسائل الشيعه: ۱۳- ۵۱- ب ۲۴- ح ۱.

۲- وسائل الشيعه: ۱۴- ۵۸۹- ب ۸۵- ح ۱.

ضعيف الّا أن يجبر بعمل الأكثر، و الصحيحه ظاهره فيما بعد الموت، و لا أقلّ من عدم ظهورها فيما يعمّ قبله، فافهم.

قوله (قدس سره): (لان الحكم بالجواز فى هذه الصّوره فى النّص و الفتوى- إلخ-).

هذا، مع انّ هيهنا حقوقا ثلاثه: حقّ أمّ الولديّه، و حقّ الديّان، و حقّ المالك فى المستثنيات عن الدّين، فاذا لم يزاحم الأوّل، الثانى، فكيف يزاحم الثالث الغير المزاحم بالثانى؟ فافهم.

قوله (قدس سره): (بل ربما تأمل فيما قبله فتأمل- إلخ-).

بل ربّما يدعى ظهور قوله «أيّما رجل اشترى جاريه فأولدها و لم يؤدّ ثمنها (۱)- الخبر-» و كذا قوله (عليه السلام) فى روايه أخرى (۲): نعم فى ثمن رقبتها فى الاختصاص بكون ثمنها بنفسه دينا للبائع، و لعله أشار إليه بأمره بالتأمّل.

قوله (قدس سره): (و لو ادّعى الولد نصيبه تنعتق عليه (۳)- إلخ-).

لو قصد بذلك فكّ نصيبه على اشكال فى تأثير قصده، و اما إذا لم يقصد به ذلك، بل فك مقدار نصيبه منها، فإنّما تنعتق عليه نصيبه من هذا المقدار، و يكون فى الباقى كالمتبوع فينتقل إلى سائر الورثه. فافهم.

قوله (قدس سره): (و لعل وجه تفصيل الشيخ، انّ الورثه، لا يرثون مع الاستغراق- إلخ-).

و لكنه غير وجيه، فان الاستغراق انّما يمنع عن الإرث على القول به فيما كان قابلًا لأداء الدّين منه، و ليست أم الولد كذلك، لإطلاق دليل المنع عن بيعها، فيرثها ولدها بمقدار حصّته، فتنعتق بتمامها بالإرث و السّرايه، فيما كان معه غيره من الورثه و بالإرث وحده، فيما لم يكن، و لو عورض الإطلاق

۱- وسائل الشيعه: ۱۶- ۱۰۴- ب ۲- ح ۱.

۲- وسائل الشيعه: ۱۳- ۵۱- ب ۲۴- ح ۲.

۳- و فى المصدر: و لو ادّى الولد ثمن نصيبه انعتق عليه.

ما دلّ على منع الاستغراق، كان قضيه الجمع بينهما، الحكم ببقائه على حكم مال الميت، فتوجر لوفاء دينه، ثم تورث فتنعتق بالإرث وحده، أو مع السّرايه.

و بالجمله، لا وجه لرفع اليد عن إطلاق دليل المنع مع الاستغراق، و لو قلنا بإطلاق منعه عن الإرث، غايته بقائها على حكم مال الميّت، و لزوم أداء الدّين بإجارتها و نحوها، و التوارث بعد الأداء، فتنعتق، أو بقائها بلا مالک أصلا لو منع عن البقاء على حكم ماله، لانقطاع علاقته عن ماله إلّا فى ثلاثه إذا اوصى به، أو ببعضه، و يكون هذا مساوقا لحرّيتها، كما لا يخفى.

[و منها تعلق كفن مولاها بها]

قوله (قدس سره): (هو مفقود مع الحاجه الى الكفن- إلخ-).

هذا أوّل الكلام، لإطلاق المنع عن بيع أم الولد فى غير ثمن رقبتها، و لو لأجل كفن مولاها، و عليه فلا مانع عن إرثها لأنّ المنع لغايه الكفن بثمنها و هو مفقود هيهنا، كما لا يخفى، فلا بد مع الزاحمه بين الجهه المقتضيه للمنع عن البيع، و الجهه المقتضيه للمنع عن الإرث المقتضى لجوازه، و عدم مرجّح فى البين لإحدى الجهتين، و لا لأحد الإطلاقين، من استصحاب جواز البيع قبل صيرورتها أمّ الولد. و امّا ما ذكره (قدس سره) من الترجيح بما حاصله، انّ تقدّم حقّ الميّت على حق أم الولد فيما إذا كان هناك مقدار تجهّز به، حيث يجهّز بذاک المقدار، و لا يؤدّى به ثمن رقبتها، بل يباع لذلک، يقتضى ترجيحه على حقّ أمّ الولديّه فيما لا يكون هناک ذاک المقدار، ففيه انّه لا ملازمه، إذ لعلّ فى بيعها فى ثمن رقبتها، خصوصيّه من عدم الحزازه، أو قلّتها، لم يكن فيما إذا بيعت فى غيره، و لو لأجل تجهيز سيّدها، كما لا يخفى، و المقام محتاج إلى زياده تأمّل، فتأمل.

[و منها إذا جنت على غير موليها فى حياته]

قوله (قدس سره): (و كيف كان فاطلاقات حكم جنايه مطلق المملوک، سليمه عن المعارض- إلخ-).

هذا، و لو قلنا بظهور الروايتين فى كون جنايه أم الولد على المولى بمعنى خسارتها فى غيرها من أمواله، و ذلک فإنّ قضيّه التّوفيق بينهما، و بين تلک الإطلاقات. هو حملها على ما ذكره من المعنى، و لو سلم تساوى الطرفين فى

الظهور، مع انّه لا أقلّ من كون الإطلاقات أظهر. فتدبر جيّدا.

قوله (قدس سره): لانّ ترك فدائها و التخليه بينها و بين المجنى عليه، ليس نقلا لها- إلخ-).

بل تملك المجنى عليه لها بسبب ناش منها، و استحقّ به ذلك بلا توسيط نقل السيّد لها، كما لا يخفى. فافهم.

قوله (قدس سره): (فتعيّن عليه الأخر- إلخ-).

إنما يتعين عليه الأخر فيما لو كانت جنايه المملوك موجبا على السيّد دفع الجانى أو فدائه إلى المجنى عليه و هو أوّل الدعوى. و ما إذا قيل بأنّها إنّما يوجب استحقاق المجنى عليه لاسترقاقه، غايه الأمر جعل للمولى من جهه التّوسعه عليه، و الإرفاق به، الفك بالفداء، كما لا يخفى، و بذلك ظهر انّ ما ذكره تأييدا مصادره. فافهم.

[و منها إذا جنت على موليها بما يوجب صحه استرقاقها لو كان المجنى عليه غير المولى]

قوله (قدس سره): (فمندفع بما لا يخفى- إلخ-).

و هو انّ الاستيلاد إذا كان رافعا للاستقلال، كان رافعا له بطريق اولى، و لم يعلم وجه مقايسه الاسترقاق لترك القصاص على فكاك الرقاب الذى أنيط به جواز البيع، مع وضوح الفرق بينهما، من كون الاستقلال رعايه للمولى، بخلاف البيع فى فكاك الرّقاب، فإنّه رعايه لحق الغير، كما لا يخفى.

[و منها ما إذا جنى حرّ عليها]

قوله (قدس سره): (و منها ما إذا جنى حرّ عليها- إلخ-).

لا يخفى انّه انّما يكون من المستثنيات، بناء على الاحتمال الاتى فى كلامه، كما انّه عليه انّما يكون منها بناء على كون الاستثناء، من مطلق نقلها، لا خصوص بيعها، كما هو الحال فى غير واحد من موارده الاتيه و الماضيه، فلا تغفل.

[و منها ما إذا لحقت بدار الحرب]

قوله (قدس سره): (و منها ما إذا لحقت بدار الحرب- إلخ-).

اللحوق بدار الحرب ان كان موجبا لزوال رقيّتها لمولاها و استرقها غير مولاها، فلا إشكال فى جواز بيعها، بل لا يكون من موارد الاستثناء من القاعده الّتى ذكرها، لوضوح عدم شمولها له، و ان استرقها المولى، فيه إشكال، لإطلاق الأدلّه، و من دعوى

انصرافها عن هذه الصّوره، أو عدم

ظهورها فيما يعمّها. فتأمّل.

[و أمّا القسم الثانى و هو ما إذا عرض لها حق لنفسها أولى بالمراعاه من الاستيلاد]

[منها إذا أسلمت و هى أمه ذمى]

قوله (قدس سره): (كان المرجع عمومات صحه البيع- إلخ-).

بل كان المرجع، هو استصحاب عدم جواز البيع، فان المقام من موارد استصحاب حكم المخصّص، لا الرّجوع الى العام، فتدبّر.

قوله (قدس سره): (و الظاهر انّ الأوّل أولى للاعتبار- إلخ-).

لا يخفى عـدم الاعتبار بالاعتبار، و قاعده نفى السّبيل و علوّ الإسـلام، غير مقتضـيه لبيعها عليه، لعدم منافاتهما لإضافه ملكيه لها، و الّا كانا مقتضـيين لخروجها عن ملكه، بل تسـليطه عليها، فالحكم بعدم جواز بيعها و عدم تسلّطه عليها، هو مقتضى القواعد، فتأمل جيدا.

[و منها إذا مات قريبها و خلف تركه و لم يكن له وارث سواها]

قوله (قدس سره): (و بذلك يمكن ترجيح أخبار الإرث- إلخ-).

أى أخبار شراء المملوك، لكى يرث، و الّا فأخبار الإرث (۱) لا يقتضى ذلك، بل قضيّتها التنزّل إلى مرتبه اخرى من الورثه، و لو كان الامام (عليه السـلام)، و لا يخفى انّ بين دليل المنع عن بيع أمّ الولـد، و دليل شـراء المملوك ليعتق و يرث عن قريبه، عموما من وجه، فلا بد فى الحكم بجواز الشّراء من دعوى أظهريّه دليله من الدليل المنع، و هو غير بعيد لو قيل بعموم دليله، و قد عرفت انّه فى محلّ المنع.

[و أمّا القسم الثالث و هو ما يكون الجواز لحقّ سابق على الاستيلاد]

قوله (قدس سره): (و هو ما يكون الجواز لحقّ سابق- إلخ-).

لاـ يخفى انّ مجرّد سـبق الحق، لاـ يوجب ترجيحه على اللّاحق منه، بل ربّما يجب ترجيحه عليه فيما إذا كان أهمّ. نعم فيما إذا لم يعلم ترجيح بينهما، فالاستصحاب يقتضى الحكم على طبق السابق.

[مسأله و من أسباب خروج الملك عن كونه طلقا كونه مرهونا]

قوله (قدس سره): (و يدفعه انّ القائل يلتزم بكشف الإجازه عن عدم الرّهن- إلخ-).

يعنى يلتزم بالكشف عن زواله آنا ما، قبل البيع، لا عن عدم حدوثه من الأوّل، ضروره انّه لا وجه له أصلا، كما لا يخفى.

١- وسائل الشيعه: ١٧- كتاب الفرائض و المواريث- أبواب موجباته.

قوله (قدس سره): (فكما انّ ردّ المالك فى الفضولى مبطل للعقد- إلخ-).

لا- يخفى انه لم ينهض دليل دلّ على رفع اثر العقد أصلا بذلك، غايته الإجماع على انّ رفع الموجب قبل القبول يده عن الإيجاب، يوجب بطلانه رأسا، و لا وجه لقياس غيره عليه ممن كان لرضاه دخل، مع انّه مع الفارق، و تأثيره الرّد فى بيع الفضولى من المالك، قد عرفت انّه لأجل عدم حصول اضافه العقد اليه بعد الرّد، و لا بدّ منها هناك، و لا يكون كذلك هيهنا، كما لا يخفى، و لو كان هناك إجماع لم يكن بحيث يعم المقام بلا كلام.

قوله (قدس سره): (ثم انّ الظاهر انّ فكّ الرّهن بعد البيع- إلخ-).

و ذلك لارتفاع ما هو المانع عن تأثير العقد، و لم يكن لرضاء المرتهن، بما هو مرتهن، إلّا لأجل رعايه حقّه المانع عن نفوذه. نعم لو كان له دخل فى تأثيره بما هو، فلم يكن الفكّ كالإجاره، بل يمتنع معه التأثير، لامتناع حصول الشّرط معه، فتأمل.

[مسأله إذا جنى العبد عمدا فالأقوى صحه بيعه]

قوله (قدس سره): (و يرده انّ البيع إذا كان متعلّقا للحقّ، فلا يقع لازما لأدائه إلى سقوطه- إلخ-).

و يردّه انّه انّما يؤدّى الى السّقوط إذا كان متعلّقا بالعين بما هى ملك لشخص خاص، و امّا إذا كان متعلّقا بها بما هى هى، بحيث ينتقل حيثما ينتقل، كما انّ حقّ القتل أو الاسترقاق كذلك فلا، كما لا يخفى، مع انّه لو شكّ فى انّه يسقط بنقلها، أو يبقى، فالاستصحاب يقتضى انّه يبقى، فتأمل.

[مسأله إذا جنى العبد خطأ صح بيعه على المشهور]

قوله (قدس سره): (و لو امتنع كان للمجنى عليه أولويّه انتزاعه فيبطل البيع و كذا- إلخ-).

يعنى نفوذه و صحّته، كما يشهد به التّفريع و هو واضح، و قد عرفت انّ نفوذه لا يوجب بطلان الحقّ، فلا يصحّ استدلال الحلّى على بطلان البيع باستلزامه لبطلانه. ثم ان الاسترقاق هل هو موجب لانفساخ العقد كى يكون الخساره على البائع برجوع المشترى الى الثمن أولا، بل كان غايه الأمر للمشترى الرّجوع إليه بقيمه العبد، لو قيل بقرار الخساره على السيّد؟

و جهان، فتأمل.

قوله (قدس سره): (و على هذا فلا يكون البيع موجبا لضمان البائع- إلخ-).

و ذلك لعدم كونه التزاما بالفداء مع انّه لو كان لما كان ملزما، مسقطا لما تعلّق بالعين من الحقّ، بلا إسقاط من ذى الحق، بل قهرا، و لا يقتضى إسقاطه بابعديه جواز الاسقاط بالالتزام بها، كما لا يخفى.

قوله (قدس سره): (لتعلّق الدّين هناك بالذّمه و تعلّق الحق هنا بالعين، فتأمل- إلخ-).

أمره بالتّأمل إشاره إلى انّ فى كلا المقامين قد تعلّق الحق بالعين هناك حقّ الرّهانه، و هيهنا حق الجنايه، فلا يكون هذا اولى بعدم الفكّ، كما لا يخفى.

[الثالث من شروط العوضيين القدره على التّسليم]

اشاره

قوله (قدس سره): (الثالث من شروط العوضيين القدره على التّسليم- إلخ-).

الظاهر انّ المراد به أعمّ من القدره على التسليم، بل أعم من حصوله فى يد المشترى، كما إذا علم بانّ العبد الآبق سيجى ء، أو يرجعه الأجنبى من دون قدره لأحد المتبايعين على تسليمه، أو تسلّمه لو لا ذلك، فتأمل.

و كيف كان فظاهر التّعبير عن هذا الشّرط بالقدره، انّ الشرط أمر واقعى من دون دخل العلم أو الجهل، فالشرط حاصل مثلا فيما لم يكن العبد آبقا، و لو قطع بإباقه و ليس بحاصل فيما كان آبقا، و لو قطع بعدم إباقه. و لكن الاستدلال على اعتباره بنهى النّبى (صلّى اللّه عليه و آله) عن الغرر (۱) الذى هو المضطر، كما سيظهر ممّا ذكره فى تفسيره، لا يناسبه، ضروره أنّ الخطر لا يدور مدار القدره واقعا لتحقّقه مع الجهل بها، و عدم الثقه بالحصول للمتبايعين. نعم كان عدم القدره غالبا ملازما للغرر و عدم الثّقه و الخطر، فتدبّر.

۱- وسائل الشيعه: ۱۲- ۳۳۰- ب ۴۰- ح ۳.

قوله (قدس سره): (ضروره حصوله فی بیع کل غائب- إلخ-).

فیه انّه کثیر ما یحصل الثقه بحصول المال الغائب، بحیث لا یعتنی باحتمال عدمه، و معه لیس فیه غرر الحصول و خطره، و بیع الثمّار و الزّرع، و ان کان من أظهر أفراد غرر الحصول، الّا انّ جوازه کان لدلیل خاصّ، مع انّه لیس مطلقا بل مشروطا، فلا حظ.

قوله (قدس سره): (الّا انّه أخصّ من المدّعی- إلخ-).

بل یکون مباینا له، أشرنا الیه، و انّما صحّ الاستدلال به علی اعتبار العلم بالقدره، و ان کان أخصّ لا القدره، فتدبّر جیّدا.

قوله (قدس سره): (و یضعف بأنّه ان أرید- إلخ-).

بل یمکن منع الملازمه مطلقا، فإنّه لا دلیل علیها سوی ما ربّما توهم من کون الوجوب مقتضی العقد، کما یأتی منه فی مسئله القبض، أو کونه لأجل حرمه الغصب، أو کونه من جهه الوفاء بالعقد، و فیه انّ العقد لا یقتضی سوی حصول ما هو مضمونه من التّملیک و التّملک، و حرمه الغصب لا یقتضی إلّا عدم الامتناع عن تسلیمه لو کان تحت یده، لا وجوب تسلیمه لو أمکن و لو بتحصیله. و الوفاء بالعقد لیس الّا القیام بمضمونه قبالا لفسخه و نقضه، فیکون «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (۱) إیجابا للوفاء لو کان الوفاء و الفسخ بالاختیار، و إرشادا الی عدم حصول الانفساخ لو لم یکونا کذلک، کما هو قضیّه غالب الأوامر و النواهی فی المعاملات، و لا وجه هذا الفرض لإرجاع وجوب الوفاء الی وجوب ترتیب الآثار، مع انّه لو سلّم فلیس التسلیم فیما أمکن من آثار النّقل و الانتقال، و قد فصّلنا المقال فی بیان معنی وجوب الوفاء فیما علّقناه علی الخیارات، فراجع ثمه.

قوله (قدس سره): (و یضعفه منع توقف مطلق الانتفاع- إلخ-).

مع انّه لو سلّم، غیر مقتضی للاشتراط، ضروره انّ کون الغرض من البیع نوعا متوقّفا علی التّسلیم، لا یقتضی بطلانه لو حصل أحیانا، لا لهذا

۱- المائده: ۱.

الغرض اوّله و لكن لم يترتّب عليه و تخلّف عنه. و توّهم كونه سفهيّا لو لم يكن لهذا الغرض، فى غايه السّقوط، ضروره ان صرف المال بإزاء ما تعذّر تسليمه فيما إذا كان هناك غرض أخر عقلائى، كعتق العبد الآبق فى الكفّاره و غيرها، ليس بسفهى قطعا، فتأمل جيّدا.

قوله (قدس سره): (و فيما لم يعتبر التّسليم فيه رأسا، كما إذا اشترى من ينعتق عليه- إلخ-).

ربّما يشكل بانّ انعتاق المبيع على المشترى الموجب لعدم استحقاقه التّسليم، من أحكام البيع و آثاره، و لا يكاد يترتّب عليه آثاره إلّا إذا كان واجدا لشرائط الصّحه، و منها القدره على التّسليم، فكيف يسقط ما يعتبر فى صحّته بما يترتّب عليها من الآثار؟ اللهم الّا ان يقال بانّ دليل الاعتبار ما دل إلّا على اعتباره فى غير مثل هذا البيع، فافهم.

قوله (قدس سره): (ثم انّ الشرط هى القدره المعلومه للمتبايعين).

ظاهره كما يشهد به ما فرّعه عليه انّ الشّرط هى القدره الواقعيّه المعلومه، فلا يكفى القدره الواقعيه بدون القطع بها، و لا القطع بها بدونها، مع انّ الدليل عليه لو كانت حديث نفى الغرر (۱)، كان قضيه الاكتفاء بالقطع، ضروره عدم الغرر و الخطر معه و حصول الثقه بكمالها به، و عليه فلو باع ما لا يتمكن من تسليمه باعتقاد تمكنه منه صحّ و لو لم يتجدّد، اللّهم الّا ان يدّعى إجماع على اعتبار القدره، و حديث نفى الغرر دلّ على اعتبار العلم بها أيضا، لكنّه كما ترى لا يلائم الاستدلال به على اعتبارها، فافهم.

قوله (قدس سره): (و هل يكفى قدره الموكّل؟ الظاهر نعم- إلخ-).

إذ لا غرر معه أصلا فيما علم به، كما لا يخفى، و هكذا فيما اعتقد بقدره الوكيل، فإنّه و ان أخطأ فى اعتقاده، الّا انّ اعتقاده قد صادف الشرط، و بالجمله لا غرر مع الاعتقاد و لا فقد لشرط القدره مع القدره، فافهم.

۱- وسائل الشيعه: ۱۲- ۳۳۰- ب ۴۰- ح ۳.

[مسأله لا يجوز بيع الآبق منفردا]

قوله (قدس سره): (لأنه مع اليأس عن الظفر بمنزله التّالف- إلخ-).

لا يخفى، انّه لا دليل على هذه المنزله شرعا، و ثبوتها عرفا ممنوع مع إمكان الانتفاع بالعتق و غيره، فيمكن الحكم بصحه بيعه بلا ضميمه، لاختصاص دليل اعتبارها بصوره رجاء الظفر و مع اليأس لا غرر، الّا ان يقال باعتبار القدره على التّسليم أيضا، كما أشرنا إليه، فتدبّر.

قوله (قدس سره): (و من عدم التّسليط على مطالبه الثمن فافهم- إلخ-).

و ليس هذا من باب رفع الغرر بما رتّب عليه من الأثر، بل منع شمول إطلاق نفى الغرر (۱) فيما له مثل هذا الأثر، فتأمل.

[مسأله يجوز بيع الآبق مع الضميمه فى الجمله]

قوله (قدس سره): (و ان اقتضى قاعده التّلف قبل القبض استرداد ما قابله من الثمن- إلخ-).

لا يخفى انّ هذه القاعده لا يقتضى الاسترداد، و ذلك لمنع كون البقاء على الإباق تلفا مع إمكان الانتفاع بالإعتاق و غيره، كيف و الّا فقد ظهر انّ بيعه كان من رأس باطلا، لظهور كونه تالفا، و كيف كان فلا مجال لقاعده التّلف قبل القبض هيهنا أصلا، فعدم رجوع المشترى الى البائع بشى ء، ليس على خلاف هذه القاعده و على وفق القاعده، فافهم.

قوله (قدس. سره): (لكن ظاهر النّص انّه لا يقابل الآبق بجزء من الثمن- إلخ-).

فيه نظر فان الظّاهر انّ قوله (عليه السلام) فى موثقه سماعه «فان لم يقدر على العبد كان الذى فقده فيما اشترى معه» (۲) ليس بصدد بيان انّ المقابله شرعا فى هذه الصوره يكون بين المثمن و الضميمه، بل بيان الحكمه فى ضمّ الضّميمه فى هذه المعامله و انّه مع عدم القدره على العبد، و يكون ما فقده فى مقابله الضّميمه خارجا، فافهم.

۱- وسائل الشيعه: ۱۲- ۳۳۰- ب ۴۰- ح ۳.

۲- وسائل الشيعه: ۱۲- ۲۶۳- ب ۱۱- ح ۲.

[فی اشتراط عدم الغرر فی العوضین]

[مسأله العلم بمقدار المثمن کالثمن شرط]

قوله (قدس سره): (ثم انّ ظاهر إطلاق جمیع ما ذکر، ان الحکم لیس منوطا بالغرر الشخصی- إلخ-). (۱)

بل ظاهر لفظ الغرر فی النّبوی، هو الغرر الشخصی. نعم لا یبعد ذلک فی اخبار (۲) اعتبار الکیل و الوزن فی المکیل و الموزون، لکنه یمکن ان لا یکون ذلک لأجل الغرر، بل لرفع الجهاله کما دل بعض الاخبار علی إخلال الجهاله بالصحه، و قد نقله المحدّث المعاصر فی مستدرکات الوسائل (۳)، فراجع.

[مسأله فی تقدیر المبیع بالمتعارف من الکیل أو الوزن]

اشاره

قوله (قدس سره): (فالظاهر أیضا الجواز مع البناء، علی ذلک المقدار- إلخ-).

فیه إشکال، فإنّ البناء علی ذلک المقدار لا یخرجه عن الغرر و الجهاله بالمقدار، و الّا لکفی البناء علی مقدار و لو لم یقدر بوزن أو کیل أصلا، و مقایسته علی الاخبار بالمقدار مع الفارق، لاعتبار الاخبار مع عدم دلیل علی اعتباره، فتأمّل.

[بقی الکلام فی تعیین المناط فی کون الشی ء مکیلا أو موزونا]

قوله (قدس سره): (فقد قیل ان الموجود فی کلام الأصحاب- إلخ-).

لا یخفی انّ أخذ المکیل و الموزون فی حکم هذا الباب، و فی حکم عدم جواز التّفاضل فی باب الرّبا، یمکن ان یکون بنحو السببیّه و الموضوعیه، و یمکن ان یکون بنحو العنوانیّه و الکشف عمّا یکال أو یوزن من الأجناس مثل الحنطه، و الشعیر، و الذهب، و الفضه، و غیرها، فان کان بنحو الموضوعیّه کما هو الظاهر فی هذا الباب، فلا یبعد ان یکون قضیّه إطلاقات أدلّته کون المناط فیهما تعارف رفع الغرر و الجهاله بالکیل أو الوزن، فما تعارف رفعهما عنه بأحدهما فی زمان أو مکان، فهو مکیل أو موزون فی ذاک الزّمان و المکان، فلا بد فیه من رفعهما من أحدهما، و ان لم یکن کذلک فی زمان أو مکان أخر،

۱- وسائل الشیعه: ۱۲- ۳۳۰- ب ۴۰- ح ۳.

۲- وسائل الشیعه: ۱۲- ۲۵۴- ب ۴- ح ۲.

۳- مستدرک الوسائل: ۲- ۴۶۰.

ضروره عدم رفع الجهاله و الغرر عنه فیهما بغیرهما، و لا بدّ من اعتباره بغیرهما فی الزّمان أو المکان الأخر ما تعارف فیه من العدّ أو المشاهده، کما تعارف فی بعض الآلات المصوّغه، و الدراهم، و الدّنانیر، و ان کان بنحو الکشف و العنوانیّه لأجناس مخصوصه، کما هو غیر بعید فی باب الرّبا، فقضیّه إطلاقات أدلته ان یکون المناط ما کان فی زمان الشارع و مکانه، فإنّ الحکمه عند عدم نصب دلاله، مع کونه فی مقام البیان و اختلاف جنس واحد فی کونه مکیلا أو موزونا، أو معدودا فی زمانین أو مکانین، یقتضی إراده ما کان بحسب زمانه و مکانه یکون کذلک، لتعیّنه و عدم تعیّن غیره ممّا کان کذلک فی زمان أو مکان أخر، فکلّما کان فی زمانه و مکانه مکیلا أو موزونا، فلا یجوز بیعه بجنسه متفاضلین فی مکان أو زمان آخر، و ان کان معدودا، و لا بدّ فیه من اعتباره بالعدّ، و عدم کفایه الوزن أو الکیل فی رفع الجهاله و الغرر، و المسأله بعد لا تصفو عن الاشکال، فتدبّر.

[مسأله لو أخبر البائع بمقدار المبیع جاز الاعتماد علیه علی المشهور]

قوله (قدس سره): (فلو لم یفد ظنا فإشکال- إلخ-).

بل و لو أفاد ظنا ما لم یفد وثوقا لیرتفع به الغرر، ضروره انّه لا یکاد یزول الخطر بمجرد الظّن و لا یبعد ان یکون التقیید بذلک هو قضیّه الجمع بین الاخبار، و یشهد به قوله (علیه السلام) فی بعضها «إذا ائتمنک فلا بأس (۱)»، فراجع.

قوله (قدس سره): (و یندفع الغرر ببناء المتعاملین علی ذلک المقدار- إلخ-).

فیه نظر فان البناء علی ذلک المقدار لو کان رافعا للغرر، لکان البناء علی مقدار فی مجهول المقدار ممّا یندفع و لو لم یکن هناک به اخبار و لا أظنّ أحدا یلتزم به، مع ان مرجع البناء إمّا الی اشتراط المطابقه فی المبیع، أو الی تقییده بصورتها و شرطها غرری، لعدم العلم بها فکیف یندفع به غرر الأخر المشروط بها و ثبوت الخیار أو جواز الاسترداد للمقدار الزّائد من الثمن، أو

۱- وسائل الشیعه: ۱۲- ۲۵۷- ب ۵- ح ۶.

الرّجوع الى البائع بالمقدار النّاقص من ذاك المقدار من أحكام الصّحه المشروطه بان لا يكون هناك جهاله فى العوضيين و لا غرر، و التقييد موجب لظهور بطلان البيع، مع ظهور عدم المطابقه مع انّه تعليق و هو يورث بطلانه مطلقا، و بيع الغائب بالوصف امّا تعبد على خلاف قاعده نفى الغرر، أو يقيّد بما يوجب الثقه بتحقق ما ذكر له من الأوصاف، كما هو الغالب. فافهم.

[مسأله فى بيع بعض من جمله متساويه الأجزاء]

اشاره

قوله (قدس سره): (و ليست صفه وجوديه متأصّله- إلخ-).

بل و لو كانت صفه كذلك، لكنّها إذا كانت ذات اضافه، كالقطع بطهاره أحد الشيئين أو بنجاسته مع طهارتهما أو نجاستهما، كما لا يخفى.

قوله (قدس سره): (و فى هذا الوجه أمر كلى غير متشخص و لا متميّز بنفسه- إلخ-).

بل صادق على الأشخاص و يتميّز بالوجود الخاصّ العارض عليه فى ضمن افراده الخارج عنه، ما هو لازم كل واحد من المشخّصات بخلاف الوجه الأوّل، فإنّ أحد المشخصات لها من المقومات، و له الدّخل التّام فى المبيع، فافهم.

[مسأله لو باع صاعا من صبره]

قوله (قدس سره): (و يمكن دفع الأوّل بأنّ مقتضى الوضع فى قوله صاعا من صبره- إلخ-).

و فيه انّ مقتضى الوضع فيه ان يكون كليّا كسائر ألفاظ الأجناس على ما استقرّ عليه مذهب المحققين فيها و ان كان المنساق عنه فى العرف الفرد المشير، و كون المقدّر بالصّاع من الصبره، كما يكون بنحو الإشاعه فى جملتها تاره كذلك يكون بنحو الانتشار فى صيعانها و الانطباق عليه اخرى، فلا دلاله فى إضافته إلى الصّبره إلى إحدى هذه الخصوصيّات، فافهم.

قوله (قدس سره): (لأن الكلى المبيع ثانيا انما هو سار فى مال البائع و هو ما عدا الصّاع من الصّبره- إلخ-).

يمكن ان يقال ان المبيع الثانى و ان كان ساريا فيما عدا الصّاع الّا ان المبيع الأول بعد البيع الثانى أيضا يكون ساريا فى خصوص ما عدا

الصّاع، و يكون كلّ واحد من الصّيعان قابلًا، لان يعيّن كلّا منهما فيه، كما إذا وقع البيعان دفعه فيكون الباقى بعد التّلف قابلًا لهما، كما كان قبل التّلف فتخصيصه بالأوّل بلا مخصّص حيث لا مخصّص الّا تعيينه، و لذا لو عيّنه للثّانى ثم تلف سائر الصّيعان، كان له كما عيّنه بلا ريب، فتأمل جيّدا.

ثم لا يبعد ان يكون الباقى على هذا بينهما، كما إذا كان بيع واحد، و احتمال تخصيص أحدهما بالقرعه أو تعيين مالك الصّبره، بعيد جدّا.

قوله (قدس سره): (الا دعوى ان المتبادر من الكلّى المستثنى، هو الكلّى الشائع- إلخ-).

فلا بحسب التّالف عليهما، بل يختص بالمشترى، و هذا بخلاف ما إذا كان المستثنى كليا شائعا فى الموجود وقت البيع، فإنّه يقتضى حساب التالف عليهما، لكن دعوى انّ المتبادر ذلك، مع كون الاستثناء من الموجود فى وقته لا يخلو عن جزاف. اللّهم الّا ان يدّعى ذلك بملاحظه قرينه بناء المتعاملين غالبا، الظاهر من مساواتهما، فتأمّل.

قوله (قدس سره): (أمكن ان يكون الوجه فى ذلك انّ المستثنى كما يكون ظاهرا فى الكلّى- إلخ-).

لا يخفى انّ استثناء الصّاع فى بيع الصّبره، و الأرطال فى بيع الثّمره، ليس الّا لتحديد المبيع و انّه غير الأرطال و الصّاع منهما لا لإخراج المستثنى عن ملك المشترى بعد ما دخل فى ملكه فيكون الباقى بعد التّحديد باق على ملك البائع كالباقى فى بيع الصّاع بلا تفاوت أصلا، فحال البائع فى بيع الثّمره لم يقع موضوعا لحكم، كما فى بيع الصّاع من الصّبره، كى يلحظ بعنوان كلّى، و انّما الموضوع للحكم الملحوظ بهذا العنوان فى كلا المبيعين هو المبيع، فلا بدّ من اتّحاد الحكم فى الموضعين. اللّهم الا ان يدّعى انّ الاختلاف انّما جاء مما هو المتعارف جعله و شرطه فى بيع الثمره نوعا للمتبانى عليه المتبايعان لو لا تساومهما من كون المشترى مختارا فى التّصرف و تعيين مال البائع، و لا يخفى انّ التزامه أهون ممّا تكلّف به- ره- فى بيان الفرق، مع انّه لا يكاد يجدى

بدون ذلک، ضروره انّه لیس قضیه اعتبار مال کلّ واحد منها بعنوان کلی استقلال المشتری فی التّصرف و فی التعیّن، بل عدم استقلال واحد منهما أو استقلالهما، کما هو واضح لا یکاد یخفی، و معه لا یحتاج الی ما تکلّف به أصلا، فافهم و اغتنم.

قوله (قدس سره): (لیکون الباقی بعد تلف البعض صادقا علی هذا العنوان- إلخ-).

الظاهر انّه غلط من قلمه الشّریف و حقّ العباره ان یقول: مصداقا لهذا العنوان و لعنوان الصاع، کما لا یخفی.

قوله (قدس سره): (و لو کان من استصحاب الاشتمال (۱)- إلخ-).

لا یکاد یجدی الاستصحاب إلّا إذا کان یفید الاطمئنان بالاشتمال، هذا و لو علی القول بالأصل المثبت فان رفع الغرر من آثار الثّقه به، لا من آثارها الواقعیّه، فافهم.

[مسأله إذا شاهد عینا فی زمان سابق علی العقد فهل یجوز بیعها]

اشاره

قوله (قدس سره): (لأنّ الأصل من الطّرق الّتی یتعارف التّعویل علیها- إلخ-).

لا یخفی انّ الأصل و ان کان مما یعول علیه، الّا انّه فی ترتیب الآثار، لا إثبات ماله الأثر، الا علی القول بالأصل المثبت، فإنّه علیه یثبته إذا کان من لوازم المستصحب لا من لوازم الوثوق به، و عدم الغرر لیس لا جرم عدم الثّقه، بل من لوازم الوثوق به، کما أشرنا إلیه فی الحاشیه السّابقه، و قد عرفت انّ البناء لا یوجب رفع الغرر و إلّا لم یحتج معه الی الأصل و غیره، فتذکّر.

قوله (قدس سره): (لانّه لا ینتقض عن الغائب الموصوف الذی جاز بیعه (۲)- إلخ-).

قد عرفت الاشکال ممّا مرّ فی تأثیر مجرّد الوصف فی رفع الغرر، ما لم

۱- و فی المصدر: و لو کان من جهه استصحاب الاشتمال.

۲- و فی المصدر: الذی یجوز بیعه.

يفد الوثوق بما وصف به، فان كان إجماع على صحه بيعه بالوصف مطلقا، فليقتصر على مورده، و الّا فالصّحه محل نظر، لأجل الغرر، فتدبّر.

[فرعان]

[الأول لو اختلفا فی التغير فادعاه المشتری]

قوله (قدس سره): (و يمكن ان يضعف الأوّل بأن يد المشترى- إلخ-).

لا يخفى ان التّغيير انّما يوجب الخيار لأجل الضّرر، فيدور الخيار وجودا و عدما مداره كذلك، و لم يكن الضّرر أو عدمه بأثر شرعىّ يترتب على استصحاب موضوع آخر، فلا- أصل يجدى فى البين مع دعوى الخيار لأجل التّغيير إلّا أصاله عدم ثبوت الخيار، و الّا سائر الأصول غير مجديه فيما هو المهم هيهنا من إثبات الضرر الموجب للخيار أو نفيه المستتبع لنفيه الّا على القول بالأصل المثبت فى بعضها، فلا بدّ من التنزّل إلى أصاله عدم الخيار، و كيف كان فالظاهر كون مدّعى التغيّر هو المدّعى، فعليه إقامه البيّنه و اليمين على من أنكر، فتأمّل جيّدا.

[الثانی لو اختلفا فی تقدم التغير على البيع]

قوله (قدس سره): (فالمرجع إلى أصاله عدم وصول حقّ المشترى إليه كما فى المسأله السابقه- إلخ-).

قد عرفت ان هذا الأصل غير مجد فيما هو المهم فى المسألتين من إثبات الضرر الموجب لعدم لزوم البيع و ثبوت الخيار، إلّا على الأصل المثبت، فان عدم اللّزوم إنما يكون مترتّبا على الضّرر، لا على عدم وصول الحقّ و ان استلزمه، فلا تغفل.

قوله (قدس سره): (فلا تأثير له عقلا فى تمليك العين- إلخ-).

بل لا عقد فان مجرّد الإنشاء ما لم يتعلّق بأمر قابل عقلا ليتعلّق به ما أنشأ به، و أصاله الصحه انّما يجدى فيما إذا كان الشّك فى الصّحه و الفساد العارضيين، لا- فيما إذا كان الشّك فى أصل وجود المعروض، و أصاله الصّحه فى الإنشاء غير جاريه، أو غير مجديه، فإنّه لا يكاد يحرز بها فيما إذا شكّ إلا الصحه التّأهليه و هى مع القطع بها لا يوجب الحكم بوقوع البيع صحيحا، فضلا عمّا إذا شكّ فيها و قد أحرزت بأصالتها، فتدبّر.

[فی اختبار الطعم و اللون فيما يختلف القيمه باعتبارها]

قوله (قدس سره): (و يمكن ان يقال بعد منع جريان أصاله السّلامه فى الأعيان- إلخ-).

بل مع جريانها فيها، فإنّه لا يقيد إلّا فى ترتيب الآثار المترتبه على

نفس السّلامه، و امّا آثار المترتبه بواسطه الثقه بها فلا، و لو قيل بالأصل المثبت، فإنّ نفى الغرر يكون ملازما للوثوق بها، و هكذا حال كلّ اماره و أصل محرز لها شرعا، فان كان مع قطع النظر عن اعتباره واقعا للغرر فهو، و الّا فلا يجدى اعتباره، كما مرّت الإشاره إليه غير مرّه.

ان قلت: إذا كان بناء العقلاء على السّلامه فى الأعيان، و الاقتحام فى المهام مع الشك فيها بناء عليها كانت أصاله السّلامه واقعا للغرر و الخطر، و الّا فكيف وقع منهم الإقدام فى الغرر و الخطر؟

قلت: بناء العقلاء على السّلامه مع الشّك فيها، انّما يجدى فى جواز الاقدام على ما لا يؤمن ضرره، لأجل عدم سلامته و عدم قبح الاقتحام فيه، لا فى حصول الأمن و رفع الغرر المعتبر فى الصّحه شرعا، فتدبّر.

قوله (قدس سره): (و متى كانت مقصوده لا على هذا الوجه، فلم يجب إحرازها- إلخ-).

حيث كانت السّلامه حينئذ كسائر الأوصاف المحتمله الّتى لا يعتنى بها كانت، أو لم تكن بلا تفاوت أصلا، فلا يكون مع عدم إحرازها خطر، فلا غرر، لكن هذا فيما إذا كانت كذلك نوعا، و اما إذا كانت كذلك شخصا و عند خصوص المتبايعين، فلا يجدى فى رفع الغرر، بل اقتحام منهما فيه، لعدم المبالات بغرره، كما هو الحال فى جميع الموارد الغرريّه الّتى يقتحم فيها، كما لا يخفى.

قوله (قدس سره): (و لكن الإنصاف ان مطلق العيب- إلخ-).

بل الإنصاف، بعد الاعتراف بان الشّك فى السلامه عن بعض العيوب لا يستلزم الغرر كما منه (قدس سره) و قد أوضحناه فى الحاشيه السّابقه، فلا وجه لوجوب إحراز السّلامه عنه لعدم الغرر، مع احتماله، ضروره انّ الغرر و الخطر انّما يكون فيما يتفاوت الحال مع هذا العيب و السّلامه عنه، لا فيما لا يتفاوت أصلا، ضروره انّه مع احتمال عدم نبات الشّعر فى عانه الجاريه مثلا، لا غرر عرفا، فلا يكون المستفاد من كلماتهم مخالفا لقاعده نفى

الغرر، فتدبّر.

[مسأله يجوز ابتياع ما يفسده الاختبار من دون الاختبار إجماعا]

قوله (قدس سره): (و كفايه الاعتماد على أصاله السّلامه- إلخ-).

قد عرفت انّ أصاله السّلامه غير مجديه فى رفع الغرر، و لو قيل باعتبارها مطلقا أو فى الجمله، فإن قام الإجماع على صحّه البيع مع عدم الاختبار، أوامر أخر يرفع به الغرر، فهو، و الّا فلا بد من اعتبار ما يندفع به، لعموم نفى الغرر بلا مخصّص يوجب تخصيصه بغير بيع ما يفسده الاختبار.

قوله (قدس سره): (فينفسخ البيع حينئذ- إلخ-).

لا وجه لانفساخه مع وقوعه على المال الواقعى، و سقوطه عن الماليّه انّما كان بعده بالكسر، و نحوه، كما انّه ليس له الرّد بفساد السّابق لأجل التّصرف فيه بما يسقطه عن الماليّه، فليس له إلّا الأرش.

قوله (قدس سره): (و حيث ان خروجه عن الماليّه لأمر سابق على العقد كان مضمونا على البائع- إلخ-).

و ذلك لعله لأجل ان التّلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له، و كان هذا وجه لزوم تدارك فوات الماليّه بتمام الثمن، لكنّه خلاف ظاهر ما فرع عليه بقوله: (فيكون الأرش هيهنا بتمام الثمن) فافهم.

قوله (قدس سره): (و اما إذا انكشف الفساد حكم بعدم الماليّه الواقعه من أول الأمر- إلخ-).

لا وجه لهذا الحكم فإنّه خلف حيث انّ الفرض انّما يكون فيما إذا كان مالا واقعا، و بالكسر و نحوه سقط عن الماليه، فلا تغفل.

قوله (قدس سره): (فالعيب حادث فى ملك المشترى- إلخ-).

نعم لكنه لعيب سابق مجهول، فيكون مضمونا على البائع بناء على انّ ثبوته واقعا موجب للخيار، لا ظهوره، و الّا فلا يكون فى زمن الخيار، بل قبله، فتدبر فى أطراف كلامه، زيد فى علو مقامه، فإنّه لا يخلو عن اغتشاش.

قوله (قدس سره): (و اعترض عليه بان الغرور قد لا يختص- إلخ-).

فيه انّ الغرور و ان لم يكن مختصا بهذه الصوره، الا ان كون البائع غارا، مختص بها، كما لا يخفى.

قوله (قدس سره): (و اما لو لم يكن قابلًا للتّملک فلا يبعد- إلخ-).

بـل فى غـايه البعـد، فإنّه و ان لم يـدخل بالفسـخ فى ملک البائع الّا انّه له حقّ اختصاص به، فکأنه ما باعه، و الحاصل انّه بالفسـخ يرجع إليه، فإن کان قابلًا للتّملک يملکه، و الّا يخصّه، کما إذا باعه و صار کذلک بالفسخ، فافهم.

قوله (قدس سره): (من القطع بانّ الحکم بماليّه المبيع هنا شرعا و عرفا حکم ظاهرى- إلخ-).

هـذا فيمـا، إذا لم يکن قبـل الکسـر و نحوه، من الأـموال الواقعيّه، و قـد خرج به عن الماليّه، و لو علم بفساده، و الّا فالحکم بماليّه حکم واقعى و قد حدث ارتفاعها فى يد المشترى، و لعلّ ظاهر المحکى عن الشيخ- ره- و اتباعه، من انّه لو تبرأ البائع عن العيب فيمـا لاـ قيمه لمکسوره، صـحّ هوذا، لاـ مـا، لا ماليه له أصـلا، و لا الأعم منهما حيث قال: فيما لا قيمه لمکسوره، و ما قال: فيما لا قيمه له، و به يوفق بينه و بين ما نقله عن الشـيخ فى المبسوط، و الحلى، و العلّامه فيما لم يشترط البراءه من الحکم ببطلان البيع، و التّعليـل بـأنّه لاـ يجوز بيع ما لا قيمه له، حيث انّ ظاهره، ما لا قيمه له أصـلا لا لخصوص مکسوره، و عليه فالتوجيه وجيه. نعم يردّ على الموجّه انّ ما استظهره منهم فى هذه المسأله فى غير محلّه، مع التّصريح بالبطلان و التّعليل بما ذکر، فتأمّل جيّدا.

قوله (قدس سره): (ثم انّ الجمع بين عدم خروجه عن الماليه، و بين عدم القيمه لمکسوره- إلخ-).

وجه الجمع انّ عـدم القيمه لمکسوره لاـ يوجب خروجه عن الماليّه مطلقا، و لو حال البيع و قبل الکسـر و ان کان يوجب خروجه عنها فى حاله الکسر، فافهم.

قوله (قدس سره): (لأنّ الأرش کما صرّحوا به، تفاوت ما بين قيمتى الصحيح و المعيب- إلخ-).

و لعلّه تفسير ما هو الغالب فيه، و الّا فهو تفاوتهما بحسب القيمه وجودا

و عدما، أو قلّه و كثره، كما يشهد كلام العلامه- ره.

[المشهور جواز بيع المسک فی فأره]

قوله (قدس سره): (و يندفع ما تقدم من بناء العرف على الأصل فی نفی الفساد- إلخ-).

و قد تقدّم انّه لو سلّم فإنّه انّما يجدى فی ترتيب ما يترتّب على الصّحه من الآثار، لا فی رفع الغرر المعتبر فی صحّه البيع شرعا، و لو على القول بالأصل المثبت، فتذكّر، و لا يندفع به الغرر، فان كان إجماع على صحّه بيعه كذلک، فهو المخصّص لعموم نفی الغرر، و الّا فلا يجوز بيعه بدون ما يحصل به الوثوق من الاختبار أو الاخبار.

قوله (قدس سره): (فالأولى ان يباشر البائع ذلک- إلخ-).

أو يباشره المشترى من قبل البائع بإذنه، أو وكالته، لا مجرّد اذنه فی مباشرته، فافهم.

[مسأله لا فرق فی عدم جواز بيع المجهول بين ضم معلوم إليه و عدمه]

قوله (قدس سره): (لو كان الشرط تابعا عرفيّا، خرج عن بيع الغرر- إلخ-).

و التّحقيق انّه لو كان الاشتراط من قيود البيع، فإنّه و ان خرج عن معقد الإجماع على اشتراط كون المبيع معلوما لكونه كذلک، الّا انّ البيع لا يخرج عن بيع الغرر لما فيه من الخطر من قبل قيده، الّا ان يكون المراد من الغرر المنهىّ عنه (۱)، هو الغرر فی البيع من قبل العوضين، لا فيه مطلقا، فتأمل.

و لو كان من قيود العوضين فلا يخرج عن الغرر، و لا عن معقد الإجماع على الاشتراط، لكون المبيع مجهولا، ضروره سرايه الجهاله إليه من قيده، الّا ان يدّعى انّ المتيقن من معقده، ما كان مجهولا بنفسه لا بقيده، و يؤيده الخلاف هيهنا و هو كما ترى، و الخلاف انّما يكون فی الصغرى، و تطبيق القاعده الكليّه عليها، لا فی الكبرى، فافهم.

[مسأله يجوز أن يندر لظرف ما يوزن مع ظرفه]

قوله (قدس سره): (بل الاستثناء الحقيقی من المبيع يرجع الى هذا- إلخ-).

لانّ الاستثناء فی الحقيقه تحديد ما هو المبيع و تعيينه، و البيع انّما تعلّق

۱- وسائل الشيعه: ۱۲- ۳۳۰- ب ۴۰- ح ۳.

فى الواقع بما بقى بعد الاستثناء من المستثنى منه، فتدبر جيّدا.

قوله (قدس سره): فيجى ء مسأله الإندار للحاجه إلى تعيين ما يستحقّه البائع من الدراهم- إلخ-).

بـل للحـاجه إلى تعيين الثمن، فـإنّه لو لم يكن الإنـدار لم يعلم انّ الثمن اىّ مقـدار، و انّه مثلاـ ثمـانيه دراهم أو عشـره، و لا أظنّ اكتفائهم فيما يباع على نحو التسـعير بتعيين مقدار الثمن بعد البيع فيكون الإندار لتعيين ما يستحقّه البائع، و بالجمله بعد البناء على الإكتفاء فى تعيين مقدار المبيع بوزنه مع ظرفه، لا بد من إيقاع البيع فيما يباع على وجه التّسعير بعد تعيين مقدار الثمن بالإندار لئلّا يقع بـإزاء المجهول بحسب المقـدار و عليه فالمـدار فيه على مـا تراضـيا عليه تعـارف به الإنـدار عنـد التّجـار أولا، علم زيادته أو نقيصته أو احتمل، كما لا يخفى.

و قـد انقـدح بـذلک عدم توجّه الاعتراض على اعتبار التّراضـى بأنّه لا يدفع غررا، و لا يصحّ عقدا، حيث ظهر انّ اعتبار التّراضـى ليس لأجل دفع الغرر، بل لأجل اعتباره العقد، فهو يصحّح العقد و ان لم يدفع الغرر. فتدبّر.

نعم لو كـان الإنـدار لأجل عـدم الاكتفاء فى تعيين المظروف بوزنه مع ظرفه، و اعتباره فى الجمله فى تعيينه بوزنه كـذلک لتوجّه الاعتراض، فافهم.

قوله (قدس سره): (و كيف كان فالّذى يقوى فى النظر- إلخ-).

قـد عرفت ان الإندار إذا لم يكن له دخل فى صـحه بيع المظروف، و كفايه وزنه مع ظرفه فى صـحته، و كان لتعيين مقدار الثمن، لم يعتـبر فيه الّـا التراضـى، و ان علم انّه يزيـد أو ينقص. نعم لو قيـل بصـحه الـبيع على وجه تعيين الثمن بالتّسـعير، من دون تعيين مقـداره الّا بعـد البيع، كان مقـدار الثمن من الـدراهم بمقدار ما للمبيع من الأرطال مثلا، كان الإندار لتعيين ذاک المقدار، فلا بد من ان لا يزيـد و لا ينقص علما أو تعيّـدا، حيث لم يرضـيا الّا بما هو الثّمن، و أصاله عدم زياده المبيع عليه، لا يثبت انّ مقداره ما بقى بعد

الإنـدار الّـا على الأصـل المثبت، و أصاله عـدم اسـتحقاق البائع أزيـد مما يعطيه المشترى، غير مجـديه لتعيين ما على المشترى، و أصاله برأيه ذمّته عن الزّائـد، توجب اقتصاره على ما علم باشـتغال ذمته به، فيجوز الإنـدار بما يحتمل زيادته و لا يحتمل نقيصـته، فتأمّل.

[مسأله يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون معه]

قوله (قدس سره): (فالقطع بالجواز منضما، إذ لم يحصل من الانضمام مانع و لا ارتفع شرط- إلخ-).

إذا كـان المجموع منهمـا ممّـا يرتفع غرره لوزنهمـا معا و بيعهما جمله، و الّا فلا، لحصول الغرر من الانضـمام مثلا إذا كان ظرف الزّيت و نحوه ممـا يجوز ان يبـاع منفردا مع جهاله وزنه الموزون مع ظرفه صـفرا، أو نحاسا، أو غيرهما مما غلت قيمته، و يختلف حسب اختلاف وزنه، فلا شبهه فى انّ بيعهما جمله بوزن واحد غررى، فلا تغفل.

[تنبيهات كتاب البيع]

[فى التفقه فى التجارات]

قوله (قدس سره): (و عدم تقبيح عقاب من التفت الى وجود الحرام فى إفراد البيع الّتى بزوالها تدريجا- إلخ-).

لا يخفى انّ صـحه العقاب على ارتكاب الحرام من الإفراد، لا يقتضـى وجوب معرفه حلالها و حرامها مقـدمه، لعدم توقف ترك الحرام منهـا عليهـا، لإمكـان التحرز عنه بترك الاقتحام فيما علم وجوده فيها، كما يتّفق معه عـدم ارتكابه، غايه الأمر مع الالتفات حينئـذ كان متجرّيا لإقـدامه على ما لا يؤمن حرمته. و قـد انقـدح بـذلك انّه لا وجه لوجوب التّفقه عقلا من باب المقـدّمه، لعدم توقّف ترك الحرام عليه للتّمكن منه بدونه و ارتكابه معه.

نعم ربّمـا يقع مع عـدمه فيمـا لا يقع فيه من الحرام معه، و لعلّه أشار إليه قول مولانا أمير المؤمنين عليه السـلام (۱) «من اتّجر بغير علم فقد ارتطم فى الرّبا» و قول الصادق (عليه السلام): «من لم يتفقّه فى دينه ثم اتّجر- الخبر-» و لا دلاله لهما، بل الإرشاد الى ما لا يقع معه فى الرّبا بلا بصيره أحيانا، غايته الدلاله على الاستحباب. و الأخبار الدّاله على وجوب طلب العلم، و انّه

۱- وسائل الشيعه: ۱۲- ۲۸۳- ب ۱- ح ۲.

فریضه (۱)، لا ظهور لها فی إراده خصوص العلم بالأحکام و معرفه الحلال و الحرام، أو ما یعمّه، لقوّه احتمال اراده خصوص المعارف و الاعتقادّیات الّتی لا بدّ من معرفتها لکلّ من قدر علیها، و لا محیص عنها، بخلاف المسائل الفرعیه فی باب التّجارات فان المطلوب فیها، لیس الّا الاجتناب عن المحرمات، و هو کما یکون مع معرفتها، یکون مع التّورع و عدم الاقتحام فی الشّبهات، بل و کذا الحال فی العبادات، فان المطلوب فیها أیضا، الإتیان بالواجبات، و هو ممکن مع عدم المعرفه بها، بمراعات الاحتیاط فی الشّبهات، و هذا لا ینافی وجوب تحصیل العلم بالأحکام کفایه علی الأنام، بلا اشکال و لا کلام. فتأمل جیّدا.

[فی بیان تلقی الرکبان]

قوله (قدس سره): (نعم لا بأس بحملها علی الکراهه- إلخ-).

لکنه مع ذلک لا یکون دلیلا علی الکراهه، إلّا بناء علی المسامحه فی دلیلها، کالاستحباب، و فیه نظر. نعم لا بأس بالالتزام بالکراهه الرّجائیه الّتی یکفی فیها مجرّد احتمالها من دون حاجه الی دلاله خبر أصلا، کما لا یبعد ان یکون هو المراد ممّا یوهم دلالته علی المسامحه فی أدله المستحبّات، فتدبّر جیّدا.

قوله (قدس سره): (و مما ذکرنا ظهر انّ النّهی فی سائر الأخبار أیضا محمول علی الکراهه- إلخ-).

قد عرفت النظر فی کفایه الخبر القاصر عن إفاده الحرمه سندا و دلیلا علی الکراهه، و لا یکفی فی إثباتها الأصل، لمخالفتها، بمعنی الاستصحاب، و قاعده الحلیّه، و انّما الموافق له، هو عدم الحرمه، هو أعم من الکراهه، فافهم.

[مسأله إذا دفع إنسان إلی غیره مالا لیصرفه فی قبیل یکون المدفوع إلیه منهم]

قوله (قدس سره): (کما انّ الظّهور الخارجی الذی یستفاد من القرائن الخارجیه- إلخ-).

یعنی القرائن الخارجیّه المکتنفه باللفظ بحیث کان اللفظ بملاحظتها عرفا، ظاهرا فی هذا المعنی و ان کان ظاهرا فی غیره عرفا إذا لم یکن

۱- الکافی: ۱- ۳۰.

مکتنفا بها، و الّا لم یکن الظّن و الظّهور الغیر اللّفظی، متبعا، فضلا عن ان یقدّم علی الظهور العرفی اللفظی. و بالجمله المتّبع هو الظهور اللّفظی الفعلی مطلقا، سواء کان هو الظّهور الوضعی، أو الظّهور الناشی مما یکتنف به من مقال أو حال، فافهم.

[فی الاحتکار]

قوله (قدس سره): (فان الظاهر منه انّ عله عدم البأس، وجود الباذل- إلخ-).

لا یخفی انّ قضیّه علیّته لیس الّا ثبوت البأس علی تقدیر عدمه، و هو أعم من الحرمه. اللهم الّا ان یکون الاحتکار عندهم معروف الحرمه، و هو غیر معلوم، أو کان قوله (صلّی اللّه علیه و آله): «إیّاک ان تحتکر (۱)»، دالّا علی الحرمه، و هو محل نظر، بل منع، لکثره استعمال هذا التّرکیب فی کلامه (صلّی اللّه علیه و آله) فی الکراهه. و منه ظهر عدم دلاله سائر الأخبار الدّاله علی ثبوت البأس بالمفهوم، و امّا ما دلّ منها علی ثبوت الکراهه له بالمنطوق، فلو لا ظهور لفظ الکراهه فی خصوصها، فلا أقلّ من عدم ظهور فی الحرمه و التقیید بصوره عدم الباذل، مع دلاله ما دلّ علی کراهه الاحتکار مطلقا، لا یصلح قرینه علی إراده الحرمه، لاحتمال الحمل علی شده الکراهه، کما ربّما یشهد به إطلاق لفظها، و الّا یلزم التّقیید بصوره وجود الباذل فیما دلّ علی کراهه الاحتکار مع إطلاقه، و التأیید بما عن المجالس فیه، انّه لو سلم دلالته علی الحرمه، فهو أعمّ من مقصوده من الحرمه فی صوره عدم الباذل، من وجه، کما هو أخصّ منه من جهه التّقیید بأربعین یوما، فلا محیص عن حمله علی شدّه الکراهه الّتی لا ترتفع حزازتها بتصدّق تمام ثمن ما احتکره، فکما یحصل الشّده بعدم وجود الباذل، و لو لم یحسبه أربعین یوما، کذلک یحصل مع وجوده إذا حبسه کذا، فافهم.

و امّا وجوب البیع علی المحتکر، فهو حکم مخالف للقاعده علی کلّ حال، إذ مجرّد حرمه الاحتکار، لا یقتضی أزید من إلزامه علی ترکه من باب

۱- وسائل الشیعه: ۱۲- ۳۱۶- ب ۲۸- ح ۳.

النّهى عن المنكر بأىّ نحو يريد، لا خصوص وجوب البيع عليه. و ما عن الشيخ الجليل، و ان كان فيه التّأييد على الحرمه، الّا انّه لا شهاده فيه على الفرض، و محلّ الحاجه، و لعلّه أريد قسم خاص أخر ممّن احتكر، و إطلاقه غير وارد فى مقام البيان، كما هو أوضح من ان يحتاج الى بيان. فافهم.

و للّه الحمد على ما هدانا لهذا، و ما كنّا لنهتدى به لو لا ان هدانا. و قد فرغ عنه مؤلّفه الجانى فى العشر الثّانى من شهر ربيع الثانى من شهور سنه ثمانيه عشر بعد ثلاثمأه و الالف من الهجره النبويّه، على هاجرها ألف ألف صلاه و تحيه.

ص: ۱۴۱

۲- کتاب الخیارات

اشاره

بسم اللّه الرحمن الرحيم الحمد للّه رب العالمين، و الصلاه و السلام على محمد و آله الطاهرين. و لعنه اللّه على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدّين.

[مقدمتان]

[الثانيه فى أصاله اللزوم فى البيع و الاستثناء منه]

قوله (قدس سره): (فيدخل ملك فسخ العقد- إلخ-).

الظاهر انّ المراد من الملك هيهنا، هو السلطنه، لا الاختصاص الخاص المستتبع لها، و من فسخ العقد، نقضه و حله، لا مجرّد رفع أثره بدونه، كما فى رد العين فى الهبه، و التّراد فى المعاطاه، و السلطنه على الفسخ ليست بخيار نفسه، بل من آثاره و أحكامه، فإنّه من الحقوق تورث و تسقط، و هى كسائر الأحكام لا تورث و لا تسقط، كيف و قد لا يكون لذى الخيار سلطنه على الفسخ لحجره، كما قد يكون لغيره، كما فى أحد المتعاملين بعد استقاله الأخر، فإنّ له الفسخ بناء على انّ الإقاله فسخ. و قد انقدح بذلك انّ خروج الجواز فى العقود الجائزه عن التفسير، انّما هو لأجل عدم الفسخ، لا لأجل التّعبير بالملك، كيف و قد عرفت انّ ملك الفسخ ليس بحقّ الخيار نفسه و لا من خواصّه. و مما ذكرنا ظهر انّ الخيار، حقّ خاصّ، و هو اعتبار و اضافه مخصوصه بين العقد و الأشخاص يستتبع آثارا، منها السلطنه على الفسخ.

قوله (قدس سره): (ففيه ان مرجعه إلى إسقاط حقّ الخيار- إلخ-).

يمكن ان يقال: انّ إقرار العقد، هو إمضائه و إبرامه، و هو ليس إسقاط حق الخيار، و ان كان سببا لسقوطه، كما انّ الفسخ يكون كذلك،

حیث انّه یضمحل به بتبع انحلال موضوعه. و بالجمله فرق واضح بین إسقاطه و إعماله، إبراما و إنفاذا، أو فسخا و حلا، و ان کان کلّ من الإبرام و الفسخ سببا لسقوطه و ارتفاعه أولا، أو بتبع موضوعه. و لا یبعد انّ الاعتبار یساعد علی ان یکون الشّیئان اللّذان لا بدّ منهما فی متعلّق الخیار، و حقه یقتضی اختیار صاحبه ایّ واحد منهما شاء إبرام العقد بالتزامه به و فسخه، لا الفسخ و ترکه. و ربّما یشهد به ما فی بعض الاخبار، مثل ذلک رضی منه، کما لا یخفی، فافهم.

قوله (قدس سره): (و هذا حسن).

لکن لا یناسب ما ذکره فی التّذکره فی توجیه الأصل أیضا، مع عدم اختصاصه کسابقه بالبیع، بل یجریان فی کلّ عقد شکّ فی جوازه و لزومه، کما یأتی الإشاره فی کلامه، زید فی علوّ مقامه.

قوله (قدس سره): (انّما ینفع مع الشّک فی ثبوت الخیار فی خصوص البیع- إلخ-).

بل ینفع مع الشّک فی ثبوت الخیار فیه و فی غیره، کما هو واضح، و انّما لا ینفع إذا کان الشک فی اللّزوم و الجواز من حیث الحکم الشرعی، و لو کان فی البیع، کما فی المعاطاتی منه إذا شک فی جواز التّراد فیه، کجواز الرّد فی الهبه عدم جوازه، کما فی البیع بالصیغه، فإنّه من حیث الشّک فی الحکم الشرعی بالجواز بلا خیار أو اللزوم، کما لا یخفی.

قوله (قدس سره): (و منها قوله تعالی «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (۱)»- إلخ-).

قبل بیان دلالتها علی أصاله اللزوم لا بدّ من تمهید مقدّمه ینفع فی النّقض و الإبرام فیما هو المهم فی المقام، و هی: انّ لزوم العقد (تاره) بمعنی وجوب الوفاء به تکلیفا مع نفوذ فسخه و نقضه وضعا، کما فی تدر الفعل و عهده قبالا لجوازه کذلک. (و اخری) بمعنی وجوب العقد و ثبوته وضعا و عدم نفوذ فسخه و نقضه قبالا للجواز، بمعنی نفوذ سبب حقّ الخیار أو بمجرد الحکم

۱- المائده: ۱.

كما فى الإقاله، بناء على انّها فسخ. (و ثالثه) بمعنى الحكم بثبوته بأثره بحيث لا يرتفع أصلا قبالا للجواز، بمعنى الحكم بنفوذ رفعه حقّا، كما فى الأخذ بالشّفعه، أو حكما، كما فى الرّد، و الهبه، و التّراد فى المعاطاه. فالعقد اللازم من جميع الجهات كالنكاح، فيما إذا لم يكن فى البين عيب يوجب الخيار، و كما انّ الجائز من جميعها بيع أحد الشريكين بالمعاطات، و من بعضها غيره من إفراد البيع، و سائر أنواع التّجارات، و بعض الهبات.

و لا يخفى انّ اللّزوم فى محل الكلام، و مورد النّقض و الإبرام فى المقام، انّما هو بالمعنى المقابل لجواز الفسخ بالخيار، بخلاف ما هو البحث فى مسأله المعاطاه، فإنّه بالمعنى المقابل لجواز رفع الأثر بالتّراد، أو بالمعنى المقابل لجواز الفسخ بمجرد الحكم على احتمال غير بعيد.

و إذا عرفت هذا، فمجمل الكلام فى الآيه، انّ الوفاء يكون عباره عن القيام بمضمون ما يتعلّق به من عقد، أو عهد، أو وعد، و الالتزام به و ما يتحقق به، هذا يختلف باختلاف مضمونها، فان كان فعلا اختياريّا، كما فى الوعد، و نذر الفعل كالتّصدق بماله، فهو العمل على وفقه، و الحركه على طبقه. و ان لم يكن كذلك، كما فى نذر النتيجه، ككون ماله صدقه، فى العقود، فان مضامينها و ان كانت أفعالا اختياريّه، كالتّمليك، و التّزويج، و غيرهما، الّا انها تسبيبه يتحقق قهرا بمجرد انعقادها، فالوفاء بها يكون عباره عن إقرارها و البناء عليها، قبالا لنقضها و حلّها شرعا فيما ينقض، أو تشريعا فيما لا ينقض، و ليس مجرد عدم ترتيب البائع أو المشترى، أثار ملكيه المشترى أو البائع للمثمن أو الثمن، بانّ تصرّف كلّ فيما صار الى الأخر بدون اذنه بعنوان التعدى عليه، مضرّا بالوفاء، ان لم يكن مؤكّدا له، كما لا يخفى. و لا يذهب عليك انّ الآيه، على هذا، لا دلاله لها على ما هو المهم فى الباب من اللزوم، قبالا لجواز نفوذ الفسخ بالخيار، و لا على ما هو المهم فى مثل باب المعاطاه، و بعض الهبات من جواز الرّد، و التّراد، و نفوذهما. و انّما تدلّ على وجوب إقرار العقود، و البناء عليها، و عدم نقضها و حلّها تكليفا لا وضعا. و كذا يمكن منع دلالتها على ما أفاده- ره- لها من المعنى، لا مكان منع الإطلاق أوّلا، و عدم

جواز التمسک به لو کـان، ثانیـا، إذ مع الشّـک فی تـأثیر الفسـخ یکون من بـاب التّمسک بالعموم أو الإطلاق، فیما لا یعلم علیه انطباق المطلق أو العام، ضروره انّه مع تأثیره، لیس عدم ترتیب الأثر، من النقض و عدم الوفاء، حتی یقال بعدم جوازه بإطلاقها.

و من هنا ظهر انّه لا وجه لتخصـیص هذا الاشـکال بالآیتین الأخیرتین (۱)، کما یأتی فی کلامه زیـد فی علو مقامه. و هـذا کلّه لو کـان المراد من العقـد، کمـا افاده، مطلق العهـد أو ما یسـمّی عقـدا لغه و عرفا. و اما إذا کان المراد خصوص عهود اللّه تعالی، أو عهودهم فی الجاهلیّه، کما نقل التّفسیر بهما عن ابن عباس (۲) و غیره، فالآیه أجنبیّه عمّا نحن بصدده.

ثم لاـ یخفی مـا فی عبـارته- ره- «و المراد من وجوب الوفـاء العمـل- إلـخ-» من الخلـل، و حقّها ان یقال: و المراد من الوفاء. أو یقـال: لزوم العمـل. و قـد عرفت انّ الوفـاء و ان کـان بحسب المفهوم واحـدا، الّـا انّه یختلف بحسب مـا یتحقق به عملا و التزاما، حسب اختلاف العقود، و النذور، و العهود.

قوله (قدس سره): (بل قد حقّق فی الأصول، ان لا معنی للحکم الوضعی- إلخ-).

قـد حقّقنـا فیمـا علّقنـاه علی الاستصـحاب من الرّسائـل، ان الوضع یختلف، فمنه مـا لا معنی له الّا ذلک، کالشـرطیّه، و الجزئیّه، و المـانعیّه، و نحوهـا. و منه مـا هو إضافه خاصه، و اعتبار خاصّ، یترتب علیه عرفا و شـرعا، آثار ینتزع عن منشأ انتزاع من عقـد، أو إیقـاع، و نحوهمـا کـالملکیه، و الولاـیه، و الوکـاله، و نحوهـا، لا یکاد ان ینتزع بـدون منشأ انتزاعها من الآثار التّکلیفیّه. نعم ربما یکشف عنها بترتّب ما یخصّها منها، و من جمله ما یصحّ انتزاعها عنها، جعل من له السلطنه ایّاها، فمجرد جعل الشارع الولایه له

۱- «أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ» (البقره: ۲۷۵) و «وَ لا تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْباطِلِ» (البقره: ۱۸۸).

۲- تفسیر مجمع البیان- ۲- ۸ (فی تفسیر قوله تعالی أَوْفُوا بِالْعُقُودِ- سوره المائده- الآیه ۱).

على أحد، أو ملكيته لشى ء، يصير وليّا و مالكا، و فى العرف بمجرد جعل السّلطان له واليا أو حاكما، أو غيرهما، يصير كذلك، و يصحّ اتّصافه بذاك المنصب. و منه ما ليس بذا و لا بذاك فلا يكون مجعولا بنفسه، و لا بمنشإ انتزاعه كالعليّه، و السببيّه، و نحوهما مما لا يكاد يكون حقيقه لشى ء ما لم يكن بينه و بين غيره ربط خاص لا يكاد يكون بمجرد الجعل الشّرعى. و من أراد الاطلاع على حقيقه الحال، فليراجع ما علّقناه على الاستصحاب.

قوله (قدس سره): (فإنّ حليه البيع التى لا يراد منها الّا حليه جميع التّصرفات- إلخ-).

فيه منع لقوه احتمال إحلال البيع وضعا، بمعنى إنفاذه و إمضائه المستتبع لإحلال التّصرفات تكليفا مع إمكان إراده إحلاله تكليفا من حيث التّسبب به الى ترتيب الآثار، كما هو الظاهر من التّحليل و التحريم المتعلّقين بالمعاملات، فيدل بالملازمه العرفيّه على الصّحه و الفساد. فلا وجه لأن يراد من الآيه (۱) حليه التّصرفات، لاحتياج ذلك الى التّصرف، و هو بلا موجب تعسف، مع انه لو سلم، فلا إطلاق فيها، حيث انّها فى مقام بيان إمضاء المنع و الرّدع عن الرّبا.

و منه ظهر الإشكال فى الاستدلال على اللّزوم بإطلاق حليه أكل المال بالباطل، فإنّ الإطلاق مسوق لبيان التّصرف عن الأكل بالباطل إلى الأكل بالتّجاره، لا لبيان انّها سبب لها على كل حال و على كل كيفيّه، كما لا يخفى.

قوله (قدس سره): (و تملكه من دون اذن صاحبها باطل عرفا- إلخ-).

و احتمال عدم كونه باطلا شرعا، غير ضائر بعد الاستظهار من إطلاق الباطل، ان المدار فيه ما يعد عند العرف باطلا، و ان نظرهم هو المتبع فى تعينه شرعا، و حينئذ لا بدّ من الاقتصار فى ترخيص الأكل بالباطل العرفى على موضع الدّليل الدّال على جواز الأكل به. و لا يخفى انّه من باب التّخطئه،

۱- البقره: ۲۷۵.

لا التخصیص، فافهم.

و قـد انقدح بذلک انّه لا یکاد یتم تقریب الاسـتدلال علی المهمّ، الّا فیما إذا أحرز انّ اسـتحقاقه الفسخ فی هذا العقد، و فی هذا الحال باطل عرفا، و هو غیر مجد فی تمام المطلوب.

قوله (قدس سره): (کشف ذلک عن حق للفاسخ متعلّق بالعین- إلخ-).

لا یخفی انّ جواز تملک العین کما انه یکون عن حقّ متعلّق بها، موجب لصـحته، کما فی حق الشفعه، کذلک یکون عن محض حکم بجوازه، کما فی الهبه و المعاطاه، أو یکون عن حقّ متعلّق بالعقد، مورث لانفساخه وحله بالفسخ، فکیف یکون کاشفا عمّا ذکره، الّا ان یکون مراده ذلک کله، فلا تغفل.

قوله (قدس سره): (و ممّا ذکرنا ظهر وجه الاستدلال بقوله: لا یحلّ (۱)- إلخ-).

لاـ یخفی أنّه دلاـله له علی اللزوم الّا بالمعنی الـذی فی قبال جواز الرّد أو التّراد، لا بمعناه المهم المقابل لنفوذ الفسـخ بسـبب حقّ الخیـار، و لیس التّمسـک به مع الشـک فیه الّـا من بـاب التّمسـک بالعـام فیمـا لاـ یعلم انّه من مصـادیقه. منه یظهر الإشـکال فی الاسـتدلال بقوله «الناس مسـلطون- إلخ- (۲)»، بـداهه انّه لاـ دلاـله علی عـدم ثبوت الخیـار فی العقـد و عـدم انفساخه و انحلاله بالفسـخ، فإنّه إنّما دلّ علی السـلطنه علی الأموال، لا علی الأحکام، و مع الشک فی نفوذ فسـخه لم یعلم انّ تصـرّفه فیما انتقل عنه بالعقـد تصـرّف فی مال، أو مال غیره، فیکون التّمسک بالنّاس، علی عدم جوازه من ذاک الباب، ای التّمسک بالعام فیما لم یعلم انّه من مصادیقه.

قوله (قدس سره): (لکن لا یبعد منع صدق الشرط- إلخ-).

سیأتی منه (قدس سره) فی باب الشرط، صحه استعماله فی الإلزام

۱- وسائل الشیعه: ۳- ۴۲۴- ب ۳- ح ۱.

۲- بحار الأنوار- ۲- ۲۷۲.

الابتـدائی، لوقوعه فی الاخبار کثیرا، و عـدم حجیّه ما فی القاموس مع تفرده، فراجع. و لا یبعـد ان یکون من ذلک، اسـتعماله فی الزّمـانین، إذ لیس مجرّد ربطه بغیره، کافیـا فی إخراجه عن الابتـدائیّ، بـل لاـ بـدّ فی ذلـک من کون الإـلزام و الالتزام فی البیع و نحوه، لکن لاـ یخفی انّه لاـ دلاله له أیضا علی اللزوم و بالمعنی المهم، بل علی اللّزوم التّکلیفی، و انّه لا یجوز الّا عن ان یرفع الیه عن شـرطه، و یحرم علیه التخلّف عن موجبه، کما عرفت فی الآیه الاولی، و لو سلّم دلالته علی التقریب المتقدم فیها، فلا دلاله له أیضا، لما عرفت فیها و فی غیرها، من منع الإطلاق أولا، و عدم جواز التّمسک به مع الشک فی تأثیر الفسخ ثانیا، فتأمل جیدا.

قوله (قدس سره): (و منها الأخبار المستفیضه (۱)- إلخ-).

یمکن المنـاقشه فیهـا بـان دلالتها علی وجوب البیع، و انّه لا خیار لهما بعـد الرّضاء، انّما هو بلحاظ ما هو بمقتضـی نفس البیع، لا للأـمور العـارضه أحیانـا، من غبن، و عیب، و نحوهمـا. و لأجـل هـذا لاـ یکون أدله سائر الخیارات مخصّ‌صه لها، کما لا یخفی، فتأمّل.

قوله (قدس سره): (و هذا الاستصحاب حاکم علی الاستصحاب المتقدم- إلخ-).

لا یخفی انّه لو سلّم الشّک فی بقاء العلاقه، و عدم دعوی القطع بانقطاعها، فلا یکون استصحابها حاکما علی ذاک الاستصحاب، فإنّ مستصحبه لیس من آثار مستصحبه شرعا قد رتّب علیه فی خطاب، لیحکم علی استصحابه، استصحابه.

قوله (قدس سره): (بناء علی ان الواجب هنا- إلخ-).

هـذا، و ان کـان الواجب الرّجوع الی استصـحاب حکم المخصّ‌ص فی مثل خیار الغبن إذا شکّ فی فوریّته، لا الرجوع الی عموم الوفاء، فإنّه بمثل دلیل خیار المجلس لا ینقطع عمومه، بل یمنع عن مجیئه و تعلّقه مع ثبوت

۱- وسائل الشیعه: ۱۲- ۳۴۵.

المقتضی له، من إطلاق متعلّقه، فقصر فی تقییده علی المتیقّن، لکنه کذلک لو کان إطلاق العقود مسوقا لبیان الحکم فیها بلحاظ حالاتها و طواریها، و لم یکن مسوقا لبیانه، لا- بلحاظهما، کما هو لیس ببعید، و علیه یکون الواجب، الرّجوع الی الاستصحاب فی زمان الشّک، لا عموم الآیه (۱).

قوله (قدس سره): (فیبقی ذلک الاستصحاب سلیما عن الحاکم فتأمل- إلخ-).

لا یخفی انّه مع تواتر الاخبار بانقطاع الخیار، فلا یبقی مجال لذلک الاستصحاب أیضا، و لعله أشار إلیه بأمره بالتأمّل.

قوله (قدس سره): (نعم هو حسن فی خصوص المسابقه و شبهه- إلخ-).

لا- حسن له فی مثلها أیضا أصلا، فإنّ لها أثرا لا محاله لم یکن قبل انعقادها، و یرتفع بعده بفسخها، إذا أثر، و مع الشّک فیه، فالأصل بقائه و عدم زواله، و لعلّه أظهر من ان یخفی.

قوله (قدس سره): (بناء علی ان المرجع- إلخ-).

لکن بناء علی ذلک أیضا یشکل الرّجوع الی العمومات السابقه مع الشّک فی تأثیر الفسخ بما عرفت فی الشّک فی الحکم باللّزوم، من انّه من باب التّمسک بالعام فیما لا یعلم انطباق عنوانه علیه، فإنّه مع الشّک فی تأثیر الفسخ فی الفرد المردّد یکون التّمسک به من هذا القبیل أیضا، فلا تغفل.

قوله (قدس سره): (فإن الأصل عدم قصد القربه- إلخ-).

قد یعارض بأن الأصل عدم قصد غیرها، اللّهم الّا ان یقال اللّزوم انّما رتّب شرعا علی قصدها، و ما رتّب الجواز علی قصد غیرها، کی یعارض أصاله عدم قصدها بأصاله عدم قصده، و الجواز انّما رتّب علی الهبه و ان قیّدت بدلیل الصّدقه، فلا تغفل.

[القول فی أقسام الخیار]

[الأوّل فی خیار المجلس]

[مسأله لا إشکال فی ثبوته للمتبایعین إذا کانا أصیلین و لا فی ثبوته للوکیلین فی الجمله]

قوله (قدس سره): (و الاولی ان یقال، ان الوکیل- إلخ-).

و التّحقیق ان یقال: ان الظّاهر من البیع، انّما هو المتصدی لأصل

۱- المائده: ۱.

البیع أو الشّـراء، مالکا کان، أو ولیا، أو وکیلا، ضروره صدقه عرفا علی الولی، أو الوکیل المباشرین له، و عدم صحّه صلبه عنه، و مجـازفه دعوی الانصـراف مع کثره صـدوره من الأولیـاء، و الوکلاء، بل کثره اسـتعمال البائع و المشتری فیهما، کما لا یخفی، لا الوکیـل فی خصوص الصّـیغه، لصـحّه سـلبه عنه عرفا، و تبادر غیره منه قطعا، کما ان الظاهر من الأخبار ان جعل مثل هـذا الخیار، انمـا هو لأجـل الإرفـاق بـالبیعین لترویا فی بیعهما فیفسـخاه، أو یمضـیاه بالرضا، و لا یخفی انّه انّما یتأتّی فی خصوص ما إذا کان لکلّ منهما اختیار فی فسـخ البیع برضـی الأخر و حلّه، کما کان لهما اختیار عقـده کـذلک و شده، دون من لم یکن له الّا اختیار العقد دون إمضائه و فسخه بعد إیقاعه، کالوکیل فی خصوص بیع شـی ء أو ابتیاعه، بحیث یکون بعد صدوره منه أجنبیّا عنه، إذ معه بعیـد جـدّا ان یجعـل له الخیار إرفاقا به لیتروی فیختار، و ان أبیت إلا عن عـدم انصـراف الإطلاق لمسوق مساق الإرفاق الی ذلک، فلا أقلّ من انّه المتیقّن منه فی مقام التّخاطب به، و معه لا یکون دلیلا علی غیره.

و من هنا ظهر عـدم دلاله الاخبار علی ثبوت الخیار للوکیل فی بیع شـی ء إذا لم یکن مسـتقلّا فی عقـده بالحل کشـده، و ان کان مستقلا فی التصرف فی مال الموکّل قبل العقد و بعده بأنحائه، کما انه لا مانع عن دلالتها علی ثبوت الخیار للوکیل المفوّض الیه حلّه کعقـده، و ان کـان ممنوعـا عن التّصـرف فی مـاله أصـلا، و ذلک لما عرفت من انّ الخیار یکون حقّا متعلّقا بالعقـد مسـتتبعا للسلطنه علی فسخه و إمضائه، لا بالمال.

و بذلک قد انقدح الخلل فیما علّل به عدم ثبوت الخیار للوکیل فی مثل شـراء العبد، أو فی مجری صـیغه العقد. ثم انّ الظاهر من الأخبار (۱) بقرینه الغایه، ان الخیار انّما یکون للبیعین، فیما إذا کان لهما اجتماع للبیع، لا فیما إذا لم یکن هناک اجتماع، أو کان و لم یکن للبیع، فلا دلاله لتلک الاخبار علی

۱- وسائل الشیعه: ۱۲- ۳۴۵.

ثبوت الخيار للموكّلين و ان صدق انهما بيّعان ما لم يجتمعا على البيع، كما إذا اجتمعا للمعامله بنفسهما و لم يكن توكيلهما إلّا فى إجراء الصيغه. اما إذا لم يجتمعا، أو اجتمعا لا فى مجلس عقد الوكيلين، بل و لو اجتمعا فى مجلسهما، حيث انّه ليس لأجل المعامله، لاستقلال الوكيلين بها، كما هو الفرض على اشكال، من إطلاق الغايه، و من انّ المنساق منه بقرينه السّياق الافتراق عن الاجتماع البيعى، و لا أقل من انّه المتيقّن منه، و كون المستفاد من سائر أدله الخيارات كونها للمالك، لا يقتضى كون هذا الخيار له مطلقا، و كذا اقترانه فى بعض النّصوص بخيار الحيوان الثابت فيه لصاحب الحيوان، كما لا يخفى، فان صاحب الحيوان هو المشترى و ان كان وكيلا، كما عبّر به فى غير واحد من نصوص خيار الحيوان لا خصوص المالك، مع انّه لو سلّم ظهوره فيه، فهو لا يقتضى بوجه كون البيّعين ظاهرا فى المالكين، مع انّه لو سلم فيختص حينئذ بالموكّلين، و هو خلف، ضروره انّ الغرض شموله للوكيلين، و ثبوت حقّ أو حكم للوكيل بما هو نائب و وكيل لا يستلزم ثبوته لموكّله إذا لم يكن بالتّوكيل، بل بما يخصّه من موجب أو دليل، مع انّه لو سلّم فإنّما هو فيما إذا ثبت له بما هو وكيل، لا بعنوان أخر، و ان توقّف به تحقّقه له على وكالته، كما فى المقام، و كيف و لا خيار للموكلين إذا لم يحضرا بلا اشكال، و مجرد كون الخيار إرفاقا بالمالك فيما ثبت له الخيار بالدليل، لا يستدعى ثبوته له كذلك بلا دليل.

نعم ربّما يقال بوجوب مراعاه المصلحه على الولى، و الوكيل، أو عدم المفسده فى الفسخ، أو الإمضاء، إلّا برضاء الموكّل، فكما ليس لهما التّصرف فى مال المولى عليه، و الموكل، و القرب منه بالعقد، الّا عن المصلحه، أو مع عدم المفسده كذلك، لا يجوز لهما القرب منه و التصرف فيه بفسخه، لعدم اختصاص الآيات و الروايات الدّاله على اعتبار ذلك بالتّصرف فيه بالعقد، و مجرد كون التّصرف بالعقد عن حكم، و بالفسخ عن حق، لا يوجب تفاوتا بينهما فى شمول تلك الآيات و الرّوايات لأحدهما دون الأخر، كما لا يخفى، فلا يجوز منهما الفسخ، أو الإمضاء مع المفسده، أو بدون المصلحه على

اختلاف الأولياء، أو الخلاف فيها الّا عن الوكيل برضاء الموكل، فعلى هذه لا خيار للموكّلين الّا فيما إذا لم يستقل الوكيلان بالتّصرف، و انقدح الخلاف فيما ذكره من الوجوه على ثبوته لهما أيضا، فيما إذا استقلّا، إذا كان لهما ذلك، ثم هذا عزل الوكيل المستقلّ بعد البيع و قبل الافتراق، أو انعزال الوالى كذلك، يوجب سقوط خيارهما و جهان: من انّ ثبوته لهما بما هو وكيل أو وليّ. و من الاستصحاب و الإطلاق المقتضى لامتداده الى الافتراق ان لم يمنع عنه بأنه مسوق للبيان من غير هذه الجهه، و لكنّه فى الاستصحاب كفايه، ما لم يقم دليل على انّ الخيار يدور مدار ولايتهما، أو وكالتهما، و صيرورتهما بذلك بيّعين، فيعمهما الاخبار، و يثبت لهما الخيار، لا يستلزم ان يدور بقائه مدار ذلك. نعم لو كان ثبوته فى الدّليل معلّقا على أحد العنوانين، لا يبعد استظهار ذلك، و أين هذا مما إذا كان الحكم معلّقا على عنوان باق، و لو كان تحقّقه موقوفا على أخر زائل، فتدبّر جدا.

و اما لو مات الولىّ أو الوكيل فى المجلس، ففى انتقال الخيار الى الوارث، أو الى المالك، أو سقوطه، وجوه: من انّه حقّ تركه الميّت، فلو إرثه.

و من ان ملك المالك أقوى من ملك الوارث، كما علّل العلّامه فى التّذكره على ما حكاه. و من كونه مبنىّ بالافتراق عن اجتماع على البيع، كما عرفت استظهاره من رواياته و مثله، مما لا يتركه، بل ممّا يزول بموته.

لا يقال: ان الغايه هيهنا أيضا لا محاله تكون، فان الاجتماع و الافتراق، و ان كانا بالأبدان، الّا انّ التّصرف منهما عند الإطلاق حال الحيوه، فمع موت أحد البيّعين فى مجلس العقد، لم يبق من طرفيهما إلّا أحدهما، فلا اجتماع، فلا افتراق. نعم لو كان المراد ثبوته ما لم يتحقق هناك افتراق، و لو لأجل انتفاء موضوعه و طرفه، كان هذا الخيار ممّا يترك لكنّه كما ترى، خلاف ما هو ظاهر الأخبار من ثبوته للبيّعين الذين من شأنهما، الاجتماع، و الافتراق، و امتداده الى زمان الافتراق، و لا تفاوت فيها فى ذلك بين ما يكون فيه حتّى يفترقا، و ما يكون فيه ما لم يفترقا، كما لا يخفى.

و بالجمله عموم أدلّه الإرث له، مشكل، و أشكل منه ما ذكره

العلامه- أعلى اللّه مقامه- فى التّذكره فى وجه انتقال الخيار الى الموكل دون الوارث، فان كان مراده منه، ان ملك الموكّل للخيار و استحقاقه له، أقوى من ملك الوارث من باب «أُولُوا الْأَرْحامِ بَعْضُهُمْ أَوْلى (۱)» فهو عين الدّعوى، كما ترى. و ان كان مراده غير ذلك، فهو غير بيّن و لا مبيّن. و كيف كان، فالأصل عدم الانتقال، لا الى الوارث، و لا الى المالك، و لم ينهض دليل على خلافه. و لا يخفى انه يلزم من ذلك عدم انتقاله الى الوارث مطلقا، و لو كان الميت مالكا و لا ضير فى الالتزام به. و لا ينافيه اتّفاقهم ظاهرا، على انّ الخيار ممّا يورث، فإنّه فيما إذا لم يكن هناك خصوصيه له، لا يكاد يترك لأجلها، فتدبّر.

قوله (قدس سره): (مضافا الى انّ أدله الخيارات إثبات حق و سلطنه- إلخ-).

لا يخفى انّ حقّ الخيار لا تعلّق له بما انتقل عنه بالعقد، حتّى يصح دعوى انّ مفاد أدلته ما افاده- ره- بل بالعقد كما مرّت إليه الإشاره غير مرّه. و الصحيح ما أشرنا إليه من دعوى انصرافها إلى إتيانه المتعاقدين بعد الفراغ عن نفوذ فسخهما للعقد بالتّراضى، كما مرّ.

و قد انقدح بذلك، انّ وجه عدم رجوع المشترى الشاك فى الانعتاق، أو وجوب الإنفاق، و الإعتاق، إلى أدله الخيار، انّ هذه الأدله لا تعلّق لها بما انتقل اليه، بل بالعقد، فلا دلاله لها فى إثبات الخيار على جواز ردّه على البائع، فلا ينعتق، و لا يجب ان ينفق أو يعتق، و جواز فسخ العقد لا ينافى حصول الانعتاق، أو وجوب الإنفاق أو الإعتاق، غايه الأمر انّه إذا فسخ العقد، و قد أنفق أو أعتق، فعليه البدل، كما إذا انعتق، لا ما زعمه- ره- من انّ الوجه هو عدم المفروغيّه من السّلطنه على ما انتقل اليه، للشّك فى السلطنه عليه حسب الفرض.

۱- الأنفال: ۷۵.

قوله (قدس سره): (فكلّ من سبق من أهل الطرف الواحد- إلخ-).

هـذا إذا تحقّق لهم الخيـار، لاـ بما هم اشـخاص، بل بما هم بيّع، و الّا كان المقام أيضا من تقـديم الفاسـخ على المجيز مثل تلك المسـأله، فليس التّفـاوت بينهمـا فى ذلـك، لأجـل انّ الغرض هيهنا فى طرف واحـد و هناك فى طرفين، كما يظهر ممّا ذكره فى بيان الفرق بين المقامين، بل لأجل انّ الخيار هيهنا للجنس، و قضيّته نفوذ اعمال السّابق من افراده، و فى تلك المسأله كان الخيار لكـل واحـد من الطّرفين بشـخصه، و لو فرض العكس بان يكون الخيار للجنس الشّامل للبيّعين، كان اعمال من سـبق من الطرفين إجازه أو فسخا نافذا، كما انه إذا كان الخيار فى مسئلتنا لكل واحد من افرادهما كان من مسأله تقديم الفاسخ، فافهم.

قوله (قدس سره): (اقويها الأخير- إلخ-).

و ذلـك لانّ الغايه افتراق الجنسـين البائع و المشترى، و ما دام كان واحـد من الأصـيل أو الوكيل من كل واحـد مع أحـدهما من الأخر فى المجلس لم يفترق الجنسان، بل بعض مصاديقهما، كما لا يخفى.

قوله (قدس سره): (لان المتيقّن من الدليل ثبوت الخيار- إلخ-).

لا يخفى انه من الواضـح عـدم دلالته، الّا على ذلك، لا انه المتيقن من دلالته، و لو قيل بثبوته له، فإنّما هو لأجل دعوى انّه قضـيه تفويض الموكّل بسبب كالصلح فالوجه فى عدم ثبوته له بذلك، هو الأصل، مع ما أشرنا إليه من انه لا يقبل لان ينتقل.

قوله (قدس سره): (فالوجه فى عدم ثبوته للفضوليين- إلخ-).

بـل الوجه مـا ذكرنـا فى الوكيل فى البيع، و مجرد العقـد عليه، لا فسـخه و حله، فان الفضول لا يكون له بعـد العقـد فسـخه، و لو برضـاء الأـخر، كما فى الإقاله. و هـذا بخلاف المالك العاقـد فى الصـرف، و السّـلف قبل القبض، فله الفسـخ بعـده، بل قبله، فلا يجدى معه القبض.

[مسأله لو كان العاقد واحدا لنفسه أو غيره]

قوله (قدس سره): (مندفع باستقراء سائر أحكام المتبايعين- إلخ-).

بل مندفع بعدم دليل على الاشتراط، مع إطلاق دليل الخيار لو كان،

و الّا لا يفيـد اسـتقراء الأحكام، فإنّه ليس بتام، مع انه ما لم يقـد القطع لا يجدى مطلقا، لكنّه لا إطلاق مع جعل الغايه، الافتراق، و كونه مبتيّا على الغـالب، يمنع أيضا عن شـمول إطلاق المغيّى لغير الغالب، و لا يكاد يتم الإطلاق بالنّسـبه إلى الغالب و غيره، مع اختصـاص الغـايه به، كمـا لا يخفى. نعم لو كان الغايه، هو الافتراق المقابل لعـدمه بتقابل السّلب و الإيجاب، لا العـدم و الملكه، كان الخيار ثابتا للواحد الواجد للعنوانين، كما هو ثابت للاثنين، الّا انّ الظّاهر انّه بتقابل العدم و الملكه، فتدبّر جيّدا.

قوله (قدس سره): (الّا ان يدّعى ان التّفرق غايه مختصه- إلخ-).

قـد عرفت ان اختصاص الغايه بصوره يمنع عن شـمول إطلاق المغيّى لغيرها، و انّما لا يمنع عن شـمول الحكم لها واقعا لغيرها. و بالجمله لا يمنع عن الشمول ثبوتا لا إثباتا، فافهم.

قوله (قدس سره): (لكن الاشكال فيه- إلخ-).

لقوّه احتمال اختصاص المناط بما إذا كان هناك افتراق، كما هو قضيه ظاهر الدّليل.

قوله (قدس سره): (فالظاهر بقائه الى ان يسقط- إلخ-).

و لا دليل على افتراقه عن المجلس، كما قيل، فإن الغايه هو افتراق البيّعين، لا الافتراق عن المجلس.

[مسأله قد يستثنى بعض أشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار]

[منها من ينعتق على أحد المتبايعين]

قوله (قدس سره): (و المشهور، كما قيل، عدم الخيار- إلخ-).

تحقيق المقـام انّ متعلّق الخيـار لمّا كان هو العقـد لا العوضـين، و ان كان يسـرى إليهما أثره إذا فسـخه، كان تلفهما بنفسـهما أو بماليتهما، غير مناف لثبوته، فاذا عمل بدليل الخيار، و اختار الفسخ، يرجع الباقى، منهما بنفسه و التالف ببدله، الى المالك الأوّل. و انمـا المنافـاه بين جـواز التّراد، أو الرّد، كمـا فى المعاطـاه على وجه، و فى الهبه، و بين تلف العين بنفسـها أو بماليتهـا، كمـا لا يخفى. و ما افاده (قدس سـره) بناء على القول باعتبار خروج الملك عن ملك من انتقل إليه، إلى ملك من انتقل عنه فى الفسـخ و لو تقديرا، من انّه لا وجه للخيار فيما نحن فيه، فإنّه يمتنع خروج المعتق عن ملك المشترى الى ملك البائع

و لو تقديرا، فإنه لا يترتب على ملكه له، لو قدّر سوى الانعتاق. فلا يبقى مجال للانتقال منه الى البائع، فيمتنع الخيار بامتناع شرطه فيه انّه انما يترتّب الانعتاق على ملكيّته له حقيقه، و اما الملكيّه التّقديريّه، فلا يترتّب عليها، إلّا ما لأجله تقديرها، و فيما نحن فيه يكون تقديرها لأجل الانتقال.

لا يقال: ملكيه المشترى للمنعتق عليه، المعقّبه بالانعتاق، ليست بحقيقيّه، بل تقديريّه، فإنّه لو سلّم هذا فإنّما يكون تقديرها هيهنا لأجل ذا توفيقا بين ما هو قضيّه البيع من التّمليك و ما دلّ على الانعتاق به، لا انّ تقديرها مطلقا مستلزم للانعتاق.

و بالجمله لا بد فى الانعتاق فى البيع، من التقدير، لا أنّه يترتّب عليه لا محاله فى أىّ مقام، بل لا يكاد يترتب عليه، الّا ما تدعوا الضروره و ضيق الخناق الى التقدير لأجله، و فى المقام ليس الّا تلقى الفاسخ عن المفسوخ عليه، لا الانعتاق. هذا، مع انّ تلقى الفاسخ عنه لا يتوقّف على صحه تقدير الملك و اعتباره، فيما إذا تعذّر تلقى العين بنفسها، فإنّه و ان كان التّلقى كذلك متعذرا، الّا انّه لا يتعذّر تلقى ملك العين ببدلها، فكان العين محفوظه ببدلها و بماليتها، فتنقلب بالبيع بنفسها، و رجعت بالفسخ ببدلها. و تصحيح التّلقى عن المفسوخ عليه بذلك، ليس بأقل من تصحيه بالتّقدير، فان فيه اعتبار الملكيه، و لا ملكيه حقيقه، و فى ذلك اعتبار بقاء العين المملوكه، و لا بقاء لها كذلك. و لا يخفى انّه لا بد فى أصل العقد بالفسخ من أحد الاعتبارين، و الّا لم يكن فسخا و حلا، بل كان عقدا على حده.

فانقدح بذلك انّه بناء على القول بانّ الفسخ لا يقتضى أزيد من ردّ العين لو كانت موجوده، و بدلها ان كانت تالفه، لا محيص عن انّ الفاسخ يتلقى الملك عن المفسوخ عليه. غايته التّلقى عليه بالبدل، و على القول الأول تقدير تلقى العين بنفسها.

فتلخص انّ شرط صحه الفسخ، و هو تلقى الفاسخ عن المفسوخ عليه تقديرا بأحد الاعتبارين، حاصل على كلّ حال، فلا يكون هناك مانع عن إعمال دليل الخيار.

و امّا ما افاده- ره- من انّ إقدام المتبايعين مع علمهما بالانعتاق على المشترى، أقدام على إتلاف ماليته، و الاقدام عليه كأنّه شرط سقوط الخيـار فى العقـد، حيث انّه حق فى العين، ففيه انّهمـا ما أقـد ما الّا على نفس المعامله الموجبه للانعتاق المحكومه بالخيار الى الافتراق و الحاصل انّ الخيار ليس من أحكام المعامله المسـتتبعه للانعتاق، بل هما معا من آثار نفس ما أقـدما عليه من العقد على العبد، كما هو قضيّه دليلهما، فلا بد من ترتيب كل منهما عليه إذا لم يكن بينهما تناف، و ترتيب خصوص ما كان العقد علّه تامّه له، أو لعلته التّامه دون الأخر، لو كان بينهما الشافى، و عدم ترتيب واحد منهما لو لم يكن بينهما تفاوت فى النّسبه إلى العقد مع التّنافى، لاستحاله الترجيـح بلا مرجّح، و لا يتفاوت فيما ذكرنا بين كون تأثير العقد فى الخيار أو الانعتاق بلا واسـطه أو معها، بل التفاوت انّما يكون بما أشـرنا إليه، كما لا يخفى. و قد انقدح بما حقّقناه موارد النّظر فيما افاده (قدس سره) أو نقله فى المقام. و عليك بالتأمل التّام فى أطرف الكلام.

قوله (قدس سره): (فدفع الخيار به اولى و أهون من رفعه- إلخ-).

لاـ يخفى ان رفع الخيـار بالإتلاـف أو النّقل، انما هو لأجل أنّه الرضاء بالعقـد و كاشف عن إمضائه، و أين هـذا من الاقـدام على عقد يترتّب شـرعا عليه الخيار، و الانعتاق معا بمقتضـى دليلهما، كما أشـرنا إليه، فيكون كلّ منهما أثرا شرعا لما أقدما عليه، لا ما أقـدما عليه خارجا، كى يكون اولى بالدّفع، مع انه مجرد اعتبار فى قبال دلاله غير واحد من الاخبار (۱) على ثبوت الخيار، و لعلّه أشار الى بعض ذلك بامره بالتّأمل، فتأمل.

[و منها العبد المسلم المشترى من الكافر]

قوله (قدس سره): (و ان تردد فى القواعد بين استرداد العين- إلخ-).

وجه تردّده، التّردد فى كون الملك مطلقا سبيلا منفيا، أو كون المنفى، هو خصوص الابتـدائى، و الملك الحاصل بالفسـخ، و ان كان بحسب الحقيقه ابتدائيا يتلقاه الفاسخ من المفسوخ عليه من الحين، الّا انّه اعاده الملك

۱- وسائل الشيعه: ۱۲- ۳۴۵.

الأوّل بحسب اللّحاظ، و اعتبار انّ الفسخ هو انحلال السبب الأوّل، و ارتفاعه، و رجوع العوضين الى ما كانا عليه، كأنّه لم يكن من الأوّل شی ء فی البين. و يمكن ان يكون وجه التردّد، هو ما فی الفسخ من اللحاظين، فافهم.

[و منها شراء العبد نفسه بناء على جوازه]

قوله (قدس سره): (و منها شراء العبد نفسه- إلخ-).

عدم ثبوت الخيار فيه بناء على انّ البيع هو التّمليك ممّا لا ينبغی ان يرتاب فيه، و لا شبهه تعتريه، حيث انّه على هذا ليس ببيع حقيقه لعدم تعقّل تملّك الإنسان نفسه و ان كان بلفظ البيع، و اما بناء على انّه تبديل مال بمال فلا وجه لعدم ثبوته. و دعوى انصراف أدله الخيار عنه بلا- وجه بعد كونه من إفراد البيع حقيقه و ترتيب سائر أحكامه عليه بأدلتها شرعا، و لو صح دعوى الانصراف فيها، لكانت أدلتها منصرفه عنها، فلم يكن دليل عليها، الّا ما قام فی خصوصه عليه دليل، فافهم. و مع الشّک فی صدق البيع، فالمرجع هو أصاله اللزوم، لا إطلاق أدله الخيار، فان التّمسك به كان من باب التّمسک بالإطلاق فيما اشتبه من المصداق.

قوله (قدس سره): (و لعلّه من جهه احتمال اعتبار قابليه العين للبقاء بعد العقد- إلخ-).

لا وجه لاعتباره بعد ما عرفت من كون الخيار متعلّقا بالعقد لا بالعين، فاندفع، الاشكال بما فی جامع المقاصد، من انّ الخيار لا يسقط بالتّلف، فان غرضه بيان انّ متعلّق الخيار ليس العين، كی يكون تلفها مانعا عن ثبوت الخيار، أو دافعا له، فلا يتوجه عليه ما علّل به- ره- عدم اندفاع الاشكال به، و لعلّه أشار إليه بأمره بالتأمّل.

[مسأله لا يثبت خيار المجلس فی شی ء من العقود سوى البيع]

قوله (قدس سره): (الا انّ ملاحظه كلام الشيخ فی المقام بقرينه- إلخ-).

و ان كان يبعده نفيه الخيار عن غير واحد ممّا يدخله الخيار، فيما إذا وقع فی ضمن البيع، و كلام المبسوط لا يخلو عن تهافت، فراجع.

[القول فی مسقطات الخيار]

[مسأله لا خلاف فی سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه فی ضمن العقد]

اشاره

قوله (قدس سره): (و موافقه عمل الأصحاب لا يصير مرجحا بعد العلم- إلخ-).

فإن عملهم بعد العلم بذلك، لا يكشف عما لو ظفرنا به كما ظفروا،

لرجحناها به على أدله الخيارات، فتفطّن.

قوله (قدس سره): (لأنّها مسوقه لبيان ثبوت الخيار بأصل الشرع- إلخ-).

لا يخفى انّه بمجرد كونها مسوقه لـذلك لا يرتفع المعارضه من البين، بداهه تحقّقها لو دلت على ثبوته فعلا مطلقا و لو بملاحظه الطّوارى، و انّما يرتفع المعارضه لو كانت مسوقه لبيان ثبوته اقتضاء، من غير نظر الى الطّوارئ أصلا، كما هو مقتضى التوفيق بينها و بين مـا دلّ على الأحكام للعناوين، الطاريه عليها، بحيث لا يرتاب فيه و لا شـبهه تعتريه، لو كانت ظاهره فى ثبوتها فعلا مطلق و لو مع طروها، و الّا بان لم يكن دالّا الا على ثبوتها اقتضاء، كما هو ليس ببعيـد، فلا يكون أدلتها معارضه بأدلتها أصـلا، كى يوفق بينهما، كما لا يخفى.

و كيف كـان فـالمتّبع هو أدلّه أحكـام الطّوارى، و أدله الشـروط بالإضـافه إلى أدلّه الخيـار من هـذا القبيل، فلا إشـكال فى لزوم اتباعهـا، إمّـا لعـدم معارضـتها بهـا، أو توفيقـا بينهمـا. و امّـا دعوى تبـادر صوره الخلو عن الاـشتراط فى دليل الخيار، كما سـيأتى التصـريح منه (قدس سـره)، فمجازفه، ضروره انه لو لم يكن دليل المشروط، لم يظن باحد ان يدعى تبادر صوره الخلو عن دليله، و لذا لو أخل بواحد من شروط نفوذها فى شرط عدم الخيار يحكم بثبوته لا محاله، مع انه لو كان الدّعوى صادقه، فلا دليل على ثبوته مع شرط عدمه، و ان أخل بشرطه، فافهم.

قوله (قدس سره): (لانّ الشّرط فى ضمن العقد الجائز لا يريد حكمه- إلخ-).

لا محيص عن تبعيّه مثل هذا الشرط للعقد، و ان قلنا بلزوم الشرط فى ضمن العقد الجائز و نفوذه، و ان المتيقن من تخصيص أدله الشـروط، هى الشـروط الابتـدائيه، و ذلك لعـدم إمكان بقاء هذا الشـرط مع انحلال العقد، كما هو واضح، و كذا الحال فى كل شرط و عقد جائز كان موضوعا له، و مما يتقوم به، فتفطن.

قوله (قدس سره): (قد يستشكل التّمسک بدليل المشروط- إلخ-).

كما يشكل من وجه آخر و هو انّ عدم الخيار كثبوته، من الأحكام، لا من الأفعال التى تحت الاختيار، كى يصحّ شرطه، و يجب الوفاء به.

و بالجمله «المؤمنون عند شروطهم (۱)» لا يوجب ان يكون الشّارط مشرعا، و انما يوجب الوفاء فيما صح له التّسبب اليه لو لا الشرط شرعا حتى يجب بشرطه الالتزام به، و ليس له جعل حكم أو نفيه لولاه بنحو، فيلزمه بشرطه، كما هو واضح.

و الجواب ان الحقيّه كالملكيّه من الاعتبارات العقلائيه الّتى يتوسّل إليها بما جعل سببا لها ابتداء، أو إمضاء و منشأ لانتزاعها، و الشرط جعل شرعا من أسبابها، لعموم وجوب الوفاء بالشروط (۲).

لا يقال: انّما الخيار من الحقوق لا عدمه.

لأنا نقول: إذا كان ثبوته مما صحّ له التّوسل اليه، و كان ممّا يقدر عليه، كان عدمه كذلک، إذ لا يعقل ان يكون أحد الطرفين تحت الاختيار، دون الأخر. فتفطّن.

قوله (قدس سره): (فلزومه الثّابت بمقتضى عموم وجوب الوفاء بالشرط (۳)، عين لزوم العقد- إلخ-).

فلا يتوقف على لزومه، فيدور. و بالجمله مجرد دليل نفوذ الشرط، كاف فى الحكم بلزوم الشرط، و العقد، من غير توقف فى البين بين اللزومين.

فافهم.

قوله (قدس سره): (و بعباره أخرى، المقتضى للخيار، العقد بشرط لا- إلخ-).

و قد عرفت عدم صحته، و ان المنساق من إطلاق مثل (البيعان) هو ثبوت الخيار اقتضاء، لا بنحو العليه و الفعليّه، و لو سلّم الانسباق، فلا بد من الحمل عليه، لا العقد بشرط لا توفيقا، إذ ظهور هذه القضيّه فى الطبيعه

۱- مستدرک الوسائل: ۲- ۴۷۳.

۲- مستدرک الوسائل: ۲- ۴۷۳.

۳- مستدرک الوسائل: ۲- ۴۷۳.

لا بشرط، أقوى من ظهورها فى كونها فعليه و بنحو العليّه، كما لا يخفى، فتدبر جيدا.

قوله (قدس سره): (الّا ان مجمل القول فى دفع ذلک فيما نحن فيه، انا حيث علمنا- إلخ-).

بـل القول الفصـل فى دفعه، انه إذا علم ان الحكم ثبت على نحو الفعليه و العليه التّامه بنصّ دليله أو بالقرائن المقاليه، أو الحاليه، أو الأمور الخارجيه، يكون شرط خلافه، مخالفا للكتاب و السنه، و هو ليس ممّا لا يوجد و ان قلّ، من دون حاجه فى الحكم بصحّه الشرط إلى إثبات ان خلاف الشرط ممّا يكون شرعا، فلو لم يعلم ان الخيار، كما أفاد، لقلنا بصحه الشرط جمعا، و تمام الكلام فى مبحث الشرط فانتظر.

ان قلت: إذا كـان لـدليل الخيـار، دلالـه على ثبوته بنحو الفعليه و العليه مطلقا، و لو بملاحظه الطوارئ، فلا بـد من العمل به لعـدم معارضـته بدليل الشـرط، لكان استثناء الشرط المخالف للكتاب أو السنّه فيه، لوضوح انّه لا يعارضه معه، ضروره انّه ما دلّ لأجله، الّا على وجوب الوفاء بالشـرط الغير المخالف، و دليل الخيار دل على كون شرط عدمه، شرط مخالف، فلا معارضه بينهما أصلا، كى يوفق بالحمل على ثبوته بنحو الاقتضاء، فافهم.

قلت: نعم لا معارضه بينهما لمكان الاسـتثناء، لكن لا يبعد ان يكون مثل دليل الشرط المتعرض لحكم العناوين الطوارى، بمجرده قرينه على الحمل، و ان مثل دليل الخيار اقتضائىّ.

و بالجمله دعوى ان العرف بعـد ملاحظه إثبات الحكم للعناوين الثوانى بأدلتها، يحكم بأنّ أدلتها متّبعه فى الحكم الفعلى، لا أدله العناوين الأوّليه، و ان كانت داله على ثبوت الأحكام لها بنحو الفعليّه غير بعيده. هذا لو قيل بان الاسـتثناء من المخصص المتّصل. و امّا لو قيل بأنه من المنفصل فلا إشـكال فى معارضه مثل دليل الخيار بدليل الشـرط، هذا، مع انّ العمده كون أدله الخيار مهمله بملاحظه الطوارى، كما هو الشأن فى جميع أدله الأحكام، كما عرفت.

قوله (قدس سره): (و اما عن الثالث، فيما عرفت من ان المتبادر من النّص- إلخ-).

قد عرفت انّ دعوى تبادره، مجازفه، و ان المتبادر هو اقتضاء البيع مطلقا للخيار، فالصواب فى الجواب ان الشرط مانع عن ثبوته، مع وجود مقتضيه، لا إبطالا له، و لا إسقاطا لما لا يجب، بل معه لا يكاد يتم علّته، فعدمه بعدم العله، إلّا بإسقاطه. فافهم.

قوله (قدس سره): (و الاحتمال الأوّل أوفق بعموم (وجوب الوفاء بالشرط (۱)) الدال على وجوب ترتيب آثار الشرط، و هو عدم الفسخ- إلخ-).

لا يخفى ان الاستدلال بعموم وجوب الوفاء، لعدم نفوذ الفسخ، لا يكاد يتم الّا بوجه دائر، أو التّمسک بالعام فيما اشتبه كونه من مصاديقه، ضروره انّه لا معنى لوجوب الوفاء بالشرط، مع انحلال البيع، و انفساخه بالفسخ، فيكون التّمسک بالعام بلا إحراز عدم تأثير الفسخ به، يكون تمسكا به فى المصداق المشتبه، و معه يلزم الدور، لتوقف عدم تأثيره على شموله، و هو يتوقف على عدم تأثيره، و هو واضح. و اما منذور التصدق ففيما إذا تمكن من استرداد العين بوجه، بخيار، أو استيهاب، أو غيرهما، فلا مجال لتوهم عدم نفوذ بيعه، غايته انّه يجب عليه استرداده و التصدق به. و فيما إذا لم يتمكن من الاسترداد، فالاستدلال بعموم وجوب الوفاء لعدم صحه بيعه، يستلزم أحد المحذورين، بداهه عدم تعقل الوفاء مع صحته، فالاستدلال بعموم وجوب الوفاء على عدم صحته، مع إحراز عدم الصّحه به، يستلزم الدور، و بدونه تمسّک بالعام فى المصداق المشتبه. فظهر ان الظاهر هو صحه الفسخ فى المقام، و البيع فى منذور التصدّق.

نعم لو نذر صدقته بنحو نذر النتيجه، فيكون بيعه فضوليا، لا ينفذ منه بلا اجازه، و لا يبعد ان يكون منذور بنذر النتيجه، هو مراد من منع عن

۱- مستدرک الوسائل: ۲- ۴۷۳.

نفوذ بیعه. و من هنا ظهر الحال فی شرط الاسقاط. فتدبر جیدا.

قوله (قدس سره): (بقی الکلام فی انّ المشهور، ان تأثیر الشرط- إلخ-).

ربما یشکل صحه شرط عدم الخیار فی السابق، و لو قیل بصحه الشروط الابتدائیّه، أو کان فی ضمن عقد أخر بأنّ شرط عدمه یرجع الی شرط عدم تأثیر العلّه التّامه لأثرها، فان البیع مطلقا، و ان لم یکن بعلّه تامه کما عرفت، الّا انّ البیع المطلق یکون علّه تامه، و البیع حسب الفرض وقع مطلقا لا مقیدا.

و بالجمله البیع مع هذا الشرط السّابق، وقع کما إذا لم یکن شرط أصلا، کما لا یخفی. و هذا بخلاف ما إذا وقع شروطا بعدم الخیار، فشرط عدمه فی خارجه، لا یوجب تفاوتا فی ناحیته.

فان قلت: نعم، لکنه یستکشف بدلیل الشرط أیضا ان البیع المطلق مقتضی، و لیس بعله تامه.

قلت: انی لدلیل هذا الشرط، هذا الشأن حیث لا یحدث بنفسه خصوصیّه موجبه لطرو عنوان أخر علیه، فیحکم بحکم آخر لا یقتضیه بنفسه، بل یقتضی نقضه أو ضده. و مجرد عنوان کونه ممّا شرط خارجا عدم الخیار فیه، لیس مما یلتفت إلیه فی عناوین الأفعال، و الّما کان باب احتمال منع ما یطرء علیه من قبیل هذا العنوان، مفتوحا من وجوه لا تعدو لا تحصی، و لا یجوز سدّه بالرجوع الی دلیل ثبوت الخیار، إلّا إذا قیل بکون مقتضاه فعلّیا بملاحظه مثل الوجود المنتزعه من الأمور الخارجیه، و حینئذ یقع التعارض بینه و بین دلیل الشّرط، و لا شبهه فی کونه أظهر. هذا مع قطع النظر عن استثناء الشرط المخالف للکتاب أو السنّه، و معه فالأمر أوضح، فتدبّر. هذا کلّه بملاحظه نفس دلیل الخیار و الشرط، لکن صحیحه مالک بن عطیه (۱)، لا یخلو من الاشعار، بل الدلاله علی نفوذ شرط عدم الخیار فی الخارج، و الفرق بین موردها، و ما نحن فیه، بکون الشرط فی المورد لیس سابقا علی ما یوجب الخیار

۱- وسائل الشیعه: ۱۶- ۹۵- ب ۱۱- ح ۱.

لولاه، بخلاف ما نحن فیه، غیر فارق، بعد اشتراکهما فی کون الشرط فی خارج السبب، فتأمّل.

[فرع لو نذر المولی أن یعتق عبده]

قوله (قدس سره): (لم یصحّ لصحه النذر- إلخ-).

عدم صحه البیع أو الشرط بناء علی انّ النذر المتعلق بالعین، یوجب عدم تسلّط النّاذر علی التصرفات المنافیه له، انما یکون فیما إذا لم یتمکّن من استرجاع العین باستیهاب، أو شراء، أو نحوهما و الّا فلیس شرط سقوط الخیار بمناف له، کما لا یخفی. لکن قد عرفت ان الأقوی ان النّذر لا یوجب ذلک، و کذلک الشرط.

[مسأله و من المسقطات إسقاط هذا الخیار بعد العقد]

اشاره

قوله (قدس سره): (فحوی ما سیجی ء من النص الدال- إلخ-).

لا یخفی إمکان منع الفحوی، فإن السلطنه علی اعمال الخیار بإیجاب کفسخه، لا یستلزم السلطنه علی أصل الخیار بإسقاطه و إبقائه بوجه، فضلا عن الفحوی، کما انّ تسلّط المالک علی الملک، غیر مستلزم لتسلطه علی الملکیّه بحیث یتمکن من رفع الید عنها و الاعراض عن الملک علی القول بتأثیره، انما هو من أنحاء السلطنه علی نفس الملک لا الملکیّه، و یکون حاله حال الأسباب النّاقله، و لو سلم انه من باب السلطنه علی الملکیّه، فإنّما هو بدلیل علی حده، لا بفحوی دلیل السلطنه علی المال (۱)، و لذا کان محلّ الخلاف و الاشکال.

لا یقال: دلاله الإسقاط علی الرضاء بالبیع، أقوی من دلاله التصرف علیه، و قد علل الامام (علیه السلام) سقوط الخیار بأنّه الرّضاء (۲).

فإنه یقال: انما الکلام فی سقوط الخیار بالإسقاط بنفسه، لا بما هو کاشف عن اعمال الخیار بالرضا بالبیع، و إقراره، و الّا لم یکن بمسقط علی حده، فضلا عن کونه هو المسقط الحقیقی، کما افاده قدس سره.

و بالجمله، الکلام انما یکون فی انّ حقّ الخیار، أو غیره من الحقوق هل

۱- بحار الأنوار: ۲- ۲۷۲.

۲- وسائل الشیعه: ۱۲- ۳۵۱- ب ۴- ح ۱.

يسقط بالإسقاط أو لا، كما هو الحال فى الأحكام، فتفطّن.

قوله (قدس سره): (و لعله لفحوى تسلّط الناس على أموالهم (١)- إلخ-).

لا- يخفى انّ تسلط الناس على أعيان الأموال ليس إلّا لأجل علاقه الملكيه و اختصاصها الخاص بهم، و ليس بين الأشخاص و حقوقهم اختصاص أصلا، فضلا عن ان يكون أقوى من ذاك الاختصاص، كى دلّ دليل التسلط على الأموال، على التسلّط على الحقوق بالفحوى، و انّما يكون الحق نفسه، هو اعتبار خاص بين ذى الحق و متعلّقه، و يكون بإزاء الملكيه لا الملك، بل لو كان دليل على حده على تسلّط النّاس على حقوقهم، لم يكن بدال على تسلّطهم على إسقاطها لما مرّ منّا انّ مثل دليل السلطنه، ليس فى مقام تشريع السبب و لا المسبب من التّصرفات، بل انما يكون فى مقام إثبات السلطنه للمالك على ما ثبت جوازه و نفوذه من التّصرفات و أسبابها، قبالا لحجره، و لعل وجه القاعده كون الحق عند العقلاء، اعتبارا خاصا يسقط بإسقاط صاحبه، و لذا صارت مسلّمه، ضروره انّه لو كان الوجه ما ذكره من الفحوى، لما كانت بهذا التّسالم، كما لا يخفى.

و قد انقدح بذلك ما فى استدلاله (قدس سره) بالفحوى المتقدّمه على سقوط الخيار بكل لفظ يدلّ عليه بإحدى الدلالات العرفيه، و لا يخفى ما فى استدلاله عليه بفحوى ما دلّ على كفايه بعض الأفعال فى إجازه عقد الفضولىّ من منع الملازمه أصلا، فضلا عن الفحوى، لوضوح تحقّق ما هو الصغرى لما هو الكبرى فى الفضولى من صيروره العقد للمالك و بطيبه بذلك، و عدم لزومه تحقق السقوط بكل لفظ، كما لا يخفى، و كذا ما فى استدلاله عليه بصدق الإسقاط النافذ، يقتضى ما تقدّم من التّسلط على إسقاط الحقوق، من انّه عرفت ان نفوذ الاسقاط بمقتضى تسلّط الناس على الأموال، لو سلّم لا يقتضى تحقّقه بأىّ لفظ كان، و ليس هناك لفظ إسقاط، كى يدعى صدقه على الاسقاط بكل ما يدل عليه من الألفاظ. نعم لا يبعد

١- بحار الأنوار: ٢- ٢٧٢.

دعوى القطع بتحققه كذلک بعد الفراغ عن نفوذه. فافهم.

[مسأله لو قال أحدهما لصاحبه اختر]

قوله (قدس سره): (و ان اختار الإمضاء ففى سقوط خيار الأمر خياره- إلخ-).

لا- يخفى ان النزاع على بعض الأقوال يكون صغرويا، و على بعضها يكون كبرويا، فلو كان النزاع فى انّ هذا الأمر يكون غايه تعبّدا لهذا الخيار، كما فى بعض الاخبار من غير نظر الى دلالته، فالمختار انه لا- يكون غايه بنفسه، لعدم دليل عليه الّا ذاک البعض من الأخبار، و هو ليس من طرقنا، و لو كان النّزاع فى انّه يكون دالا على إمضائه و إيجابه البيع، فالظاهر انه يختلف حسب اختلاف الحالات و المقالات، ضروره انه لا دلاله له بنفسه على ذلک، و المرجع مع الشک، هو أصاله بقاء الخيار.

قوله (قدس سره): (و منه انّه لو أجاز أحدهما و فسخ الأخر- إلخ-).

هذا لو كان الخيار بمعنى ملک فسخ العقد و عدمه، أو كان بمعنى ملک فسخه و أجازته، لكن من خصوص ذى الخيار بان يكون إجازته، موجبه للزوم العقد من طرفه، كما إذا لم يكن له خيار، لا من الطرفين، كما إذا لم يكن خيار فى البين، و الّا كان بين اجازه أحدهما، و فسخ الأخر تعارض، لو كانا فى زمان واحد، و ينفذ المقدم منهما لو كانا فى زمانين. و مجمل الكلام انّه لو لم يكن إجماع فى المقام، لا- يبعد دعوى انّ قضيّه إطلاق دليل الخيار للبيّعين، هو ثبوته لكلّ منهما، كثبوته للأجنبى فى كون ولايه إمضاء العقد مطلقا و فسخه لكلّ منهما، كما كان له كذلک، كما لا يخفى. اللهم الّا ان يقال: وضوح كون جعل الخيار لهما للإرفاق، يأبى إلّا عن كونه بمعنى نفوذ أجازته من طرفه و فسخه. فافهم.

[مسأله و من جمله مسقطات الخيار افتراق المتبايعين]

اشاره

قوله (قدس سره): (و لا إشكال فى سقوط الخيار به و لا فى عدم اعتبار ظهوره فى رضاهما بالبيع- إلخ-).

هذا ينافى ما يأتى من اعتبار الرّضاء بالبيع و دعوته ان المتبادر من الافتراق ما كان عن رضى بالعقد، كما لا يخفى.

قوله (قدس سره): (فاذا حصل الافتراق الإضافی و لو بمسّماه ارتفع الخیار، فلا یعتبر الخطوه- إلخ-).

قضیّه إطلاق الافتراق عدم ارتفاع الخیار ما لم یحصل الافتراق المطلق و بقائه ما دام صدق الاجتماع، بالجمله، فمقتضی الإطلاق کون الغایه للخیار هو الافتراق المطلق، لا مطلق الافتراق، کی یرتفع بالاضافی، و لو بمسمّاه، فلا تکفی الخطوه و الخطوتان، بل لا بدّ ممّا یصدق معه، انّهما افترقا بقول مطلق. و لعله وجه انّه مشی (علیه السلام) خطأ و لم یقتصر علی خطوه و لا خطوتین (۱) فافهم. اللهم الّا ان یدعی قیام الإجماع علی کفایه الخطوه، و هو کما قوی.

قوله (قدس سره): (فذات الافتراق من المتحرک و اتصافها بکونها افتراقا من السّاکن- إلخ-).

لا یتّصف الحرکه بالافتراق، کالسکون أصلا، و انّما هما معا سبب واحد بحصوله لکل من الساکن و المتحرک بنحو حصوله للآخر، بلا تفاوت، کما لا یخفی. و بالجمله الافتراق القائم بالاثنین کما یحصل بحرکه کل الی جانب أخر یحصل بحرکه أحدهما، و سکون الأخر من غیر فرق بین الصورتین فی عدم اتّصاف الحرکه به، بل انما کان حصوله لهما بدخلهما، فتطفن.

قوله (قدس سره): (و منه یظهر انّه لا وجه للاستدلال بحدیث رفع الحکم عن المکره (۲) للاعتراف بدخول المکره- إلخ-).

یمکن ان یقال، ان الاعتراف بذلک لا یمنع عن الاستدلال بحدیث الرّفع فی غیر هذه الصوره، إذ لعلّ وجه الاعتراف حسبان أظهریه أدله قابلیه الاقتران فی شمول هذه الصوره من دلیل الرفع، و الّا فلا وجه للذهاب الی عدم سقوط الخیار فی غیر الصوره، مع إطلاق ما دلّ علی سقوطه بالافتراق من

۱- وسائل الشیعه: ۱۲- ۳۴۷- ب ۲.

۲- وسائل الشیعه: ۱۱- ۲۹۵- ح ۱.

اخبار الباب. امّا صحيحه فضيل (۱)، فلا وجه للاستدلال بها، لإجمالها لو لم نقل بظهورها فى كون الافتراق بالرّضا، كما هو قضيه دليل الرّفع، مع احتمال ان يكون المراد بعد الرضا بالعقد بذاك الرضاء المعتبر فى صحته، فيكون على وفق سائر أخبار الباب، بلا دلاله على التقييد، مع انّه بنحو التفريع على الغايه مع إطلاقها بعيد بلا نهايه.

و دعوى تبادر كون التّفرق عن الرّضاء بالعقد، مجازفه، بعد القطع بشمول الإطلاق للافتراق إذا كان بالاختيار بلا كره و لا إجبار، و لو كان مع الغفله عن البيع أو عن الخيار.

و دعوى خروجه عن الإطلاق و الحاقه بالإجماع، كما ترى. و ما ادّعاه من تحقق الشهره، غير محقّق لنا، بل يظهر من الجواهر، انّ القول بسقط الافتراق عن الاعتبار بالإكراه بعد كره، حيث نسب اعتبار عدم التّمكن من التخاير إلى جماعه، فراجع. فالأولى الاستدلال بحديث الرفع، فان تمّ ما أشرنا إليه، من أظهريّه الأخبار منه فى شمولها، لصوره التمكن من التّخاير، و الّا فقضيّته عدم الاعتبار بالافتراق عن إكراه مطلقا و لو فى هذه الصوره.

فتدبّر جيدا.

[مسأله لو أكره أحدهما على التفرق و منع عن التخاير]

اشاره

قوله (قدس سره): (و مبنى الأقوال على ان افتراقهما المجعول غايه لخيارهما هل يتوقف- إلخ-).

لا يخفى ان مبنى الخلاف، هو الاختلاف فى الانظار فيما يستظهر من الاخبار، و الظّاهر منها انّ افتراق البيّعين جعل غايه لخيار كل منهما، و حيث انّه قائم بالاثنين، فلا بد من كونه برضا منهما، لما عرفت من تقييده بدليل الإكراه، فلا يكفى رضاء أحدهما مع إكراه الأخر فى سقوط خياره، فضلا عن سقوط خيارهما، لا افتراق كل منهما غايه لخياره، كى يكفى رضاه به فى سقوطه، و لا ينافى ذلك إطلاق ما يستفاد من الرّوايه الحاكيه لفعل الامام (۲) (عليه السلام)

۱- وسائل الشيعه: ۱۲- ۳۴۶- ح ۳.

۲- وسائل الشيعه: ۱۲- ۳۴۷- ب ۲.

فان قضيّته ليست إلّا سقوط الخيار فى صوره حصول الافتراق بحركه أحدهما برضاه، عدم مصاحبته الأخر بلا إكراه و لا اضطرار، حيث لا يكون الافتراق القائم بها بإكراه منه.

ان قلت: نعم، لكنه كان على حين غفله منه.

قلت: نعم، لكنّه غير مرفوع بحديث الرّفع، فإنّه ليس أحد التّسعه المرفوعه، و منه قد انقدح وجه سقوط الخيار فيما فارق أحدهما فى حال نوم الأخر، أو غفلته.

و بالجمله قضيّه إطلاق الأخبار، و حديث الرّفع، هو سقوط خيارهما فيما إذا حصل الافتراق بينهما، لا بكره و اضطرار من أحدهما اليه، و لو كان على حين غفلتهما، أو غفله أحدهما، و لو كان المراد من بعد الرضاء فى صحيح الفضيل (۱)، بعد الرّضاء بالافتراق، كان بالمعنى المقابل للإكراه و الاضطرار، و ان أبيت إلّا عن كونه بمعنى الطّيب، فيكفى منه ما هو لازم عدم المواظبه و عدم المبالات بالمفارقه قبل التخاير، و لا دليل على اعتبار أزيد منه، مع ما عرفت من منع ظهور الصحيح فى التّقييد، فتأمل جيّدا. ثم انّه و ان كان لا يبعد مساعده الاعتبار على بقاء خيار المكره منهما، دون المختار، حيث كان الخيار لكل منهما على حده، فينبغى ان يكون الغايه لخياره، افتراقه باختياره، الّا انّ ظاهر الأخبار، كما أشرنا إليه، كون افتراقهما غايه لما لهما من الخيار.

فافهم.

[مسأله لو زال الإكراه]

قوله (قدس سره): (فالنّص ساكت عن غايه هذا الخيار- إلخ-).

ربّما يقال بأن الغايه تحصل بزوال الإكراه، حيث يلحق بالافتراق، الرضاء، حيث انّها ليست الّا الافتراق المقيّد بالرّضاء، لكنّه ليس كذلك، فان الظاهر الاخبار، كون الغايه لهذا الخيار، و هو حدوث الافتراق، و بعد ضمّ ما دلّ على اعتبار الرّضاء و الاختيار، يصير الغايه، هو حدوثه كذلك، لا مجرّد حصوله، و لو ببقائه، و عليه يمتنع تحقق ما هو الغايه بعد حدوثه بالكره.

۱- وسائل الشيعه: ۱۲- ۳۴۶- ب ۱- ح ۳.

فافهم.

قوله (قدس سره): (و لعله لأنه المقدار الثابت يقينا- إلخ-).

لا يخفى كون هـذا المقـدار متيقنا لا يمنع عن القول بالتّراخى، لاستصـحاب الخيار، و انما المانع عنه كون المتيقن عدم بقائه، فلا وجه لجعله وجها للقول بالفور، و انما يكون وجها له فيما صـحّ فيه الرجوع الى مثل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (۱) مع الشک، و معه لا يبقى مجال للاستصـحاب. و بالجمله ما كان من الخيارات متّصـلا بالعقـد و شک فى غايته، فلا بد من الاقتصار على المتيقن و الرجوع الى مثـل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، و ما لم يكن متصـلا بها، فلا بـد من استصـحاب الخيار، لا الرجوع اليه، كما نشـير الى وجهه فيما يأتى، فانتظر.

[الثانى خيار الحيوان]

اشاره

قوله (قدس سره): (و فى منتهى خياره مع عدم بقائه إلى الثلاثه وجوه- إلخ-).

(أحـدها) إلى الثلاـثه. (ثانيهـا) الى زمـان بقائها. (ثالثها) الوجهان فى كل خيار لم يظهر حاله من الأوّل. و لا يخفى انّ الأقوى هو الأـوّل، و لاـ منافـات بين عـدم البقـاء لها إلى الثلاثه، و بقاء خيارها إليها و الرجوع الى «أَوْفُوا» انما يكون مع الشّک و عـدم دليل على بقائه، و إطلاق ما دلّ على الامتداد إلى الثلاثه، دليل عليه. فتفطن.

قوله (قدس سره): (و لعله الأقوى- إلخ-).

كيف ذا، مع الاعتراف بان المتراءى من النص و الفتوى، هو الثانى، و الحكمه فى الخيار لا يضـرّ عدم جريانها فيه، مع انّها ليسـت الّا الإفارق بصاحب الحيوان، و هو جار فى الكلّى. غايه الأمر انّها فى المعيّن يكون أقوى. فافهم.

[مسأله المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشترى]

قوله (قدس سره): (و يثبت الباقى بعدم القول بالفصل- إلخ-).

بـل بنفس مثل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» من دون حاجه الى عـدم القول بالفصل بناء على ما حققناه و أشـرنا إليه عن قريب، من انّه المرجع فيما إذا

۱- المائده: ۱.

کان الشّک فی مقدار استمرار الخیار المتصل بالعقد، لا استصحاب حکم المخصّص، و انّما یکون هو المرجع فیما إذا کان الشّک فی مقدار الخیار المنفصل عنه، کما ربما یأتی الإشاره إلی وجهه.

قوله (قدس سره): (و هی أرجح بحسب السند من صحیحه ابن رئاب (۱)- إلخ-).

لا یخفی انّ هذه الصحیحه (۲) و ان کانت أرجح لأرجحیه راویها، و کونها فی الکتب الأربعه، الّا انّ صحیحه ابن رئاب أرجح منها من جهه موافقتها لغیر واحد من الصّحاح و غیرها، و لیس بینها فرق إلا فی الدّلاله علی الاختصاص بالظّهور و النّصوصیّه، و هو غیر فارق فی حصول الوثوق بصدور مضمونه، و من جهه موافقتها للمشهور بحسب الفتوی. و بالجمله لو لم تکن هذه الصحیحه أرجح لذلک، فلا أقلّ من التّساوی. و معه لا بدّ من التّوفیق بینهما.

و لا یأبی صحیحه ابن مسلم عن الحمل علی ما إذا کان العوضان حیوانین، و لعلّ النکته لتعرّضه (علیه السلام) بخصوص هذه الصوره، هی بیان ان کلا المتبایعین یمکن ان یکونا بالخیارین. فافهم.

قوله (قدس سره): (مع ان المرجع بعد التکافوء، عموم أدلّه لزوم العقد بالافتراق- إلخ-).

و کذا ما دلّ علی لزومه مطلقا بناء علی ما أشرنا إلیه، من انه المرجع، لا استصحاب حکم المخصص، و لکن لا یخفی انّ ذلک فیما إذا لم نقل بالتّخییر مع التّکافؤ، بل بالتساقط، و الّا فلا بد من اختیار أحد الخبرین و العمل علی طبقه، کما هو المختار فیما إذا تکافئا، حسبما لا یخفی.

قوله (قدس سره): (لأن الغلبه قد یکون بحیث توجب تنزیل التقیید علیها- إلخ-).

و ذلک لان بعض مراتب الغلبه، ربما یصیر داعیا الی التّعبیر علی

۱- وسائل الشیعه: ۱۲- ۳۵۰- ب ۴- ح ۱.

۲- وسائل الشیعه: ۱۲- ۳۴۹- ب ۳- ح ۳.

وفقه، کما فی «رَبٰائِبُکُمُ اللاّٰتِی فِی حُجُورِکُمْ» (۱) و لا یکاد یکون موجبا لکون الأفراد الغالبه، قدرا متیقّنا فی مقام التّخاطب بالمطلق المسوق فی مقام البیان، و بدون ذلک لا یوجب تنزیله علیها، کما هو واضح.

قوله (قدس سره): (من جهه قوه انصرافه إلی المشتری- إلخ-).

لا قوّه فیه أصلا بعد تعارف ما إذا کان کل من العوضین حیوانا، کما لا یخفی، مع ما عرفت من انّه قضیّه التّوفیق بین صحیحه محمد بن مسلم، و بین الصحاح، فلا یبعد المصیر الیه، فتدبّر جیّدا.

[مسأله مبدأ هذا الخیار من حین العقد]

قوله (قدس سره): (و العقد لم یثبت قبل التّفرق- إلخ-).

لا یخفی انه لا مجال لان یقال بالعکس، و ان العقد لم یثبت قبل الثلاثه، فإنّه علیه یلزم ان یکون خیار المجلس کاللّغو، و اختصاصه بالنّادر، و هو ما إذا لم یفترقا الی انقضاء الثّلاثه، أو سقط خیار الحیوان بالشرط، أو بالإسقاط قبل الافتراق. ثم ان مراد الشیخ (قدس سره) من ثبوت العقد، ثبوته من قبل، غیر هذا الخیار، فلا ینافیه عدم الثّبوت النّاشی من قبله.

قوله (قدس سره): (و ان اتحدا فکذلک- إلخ-).

أی لا بأس بالتّعدد بحسب السبب لا المسبّب امّا لأنّ الأسباب معرّفات، و إمّا لأنّها مؤثرات غیر مستقلّه بالتّأثیر فی صوره التّوارد، لاستحاله تأثیر کلّ علی الاستقلال، و کذا أحدها، لبطلان التّرجیح بلا مرجّح، فلا محیص عن کونها بجملتها مؤثّره، و علّه تامّه واحده لواحد، و ذلک لامتناع اجتماع فردین من حقّ لأحد، فإنّه و ان کان من الاعتبارات و الإضافات، الّا انّه من الاعتبارات الصحیحه، و الإضافات النّفس الأمریّه، و تشخّصها کسائر المقولات، انّما یکون بالموضوع، فلا یعقل تعدّدها مع وحدته، لکنّه ربّما یشکل هذا، بأنّ قضیّه انه لو أسقط خیاره من جهه سقط خیاره رأسا، فإنّه لم یکن له الّا خیار واحد و ان تعدّد سببه.

اللّهم الّا ان یدّعی انّ له إسقاط ما لأحد الأسباب من الدّخل،

۱- النساء: ۲۳.

فیستقلّ الباقی فی التأثیر فی البقاء، فكما كان له ذلک من الأوّل باشتراط سقوط أحد الخیارین، فیكون السبب الأخر عله تامّه لحدوثه، كان له ذلک بالنّسبه إلى البقاء بإسقاط أحدهما، فیبقى الخیار مستندا إلى الأخر، الّا انّ الثّابت هو انّ لذی الخیار إسقاطه بنفسه، لا إسقاط سببه و جهته مع بقائه، و الاتّفاق علیه لو كان، لا یكاد یكشف فی مثله، لاحتمال تخیّل بعضهم تعدد الخیارات بحسب الحقیقه، أو إمكان اجتماع الفردین، و عدم الالتفات الى استحالته، و امتناع اجتماع فردین من مقوله من المقولات فی واحد، و لو كانت من الإضافات، و الاعتبارات، كما عرفت.

[مسأله یسقط هذا الخیار بأمور]

[أحدها اشتراط سقوطه فی العقد]

قوله (قدس سره): (و لو شرط سقوط بعضه، فقد صرّح بعض بالصحه- إلخ-).

لا بأس به إذا شرط سقوط شی ء من أوّله أو آخره، و اما سقوط شی ء من وسطه بحیث یبقى طرفاه، فلا یكاد یكون إلّا إذا كان الخیار بحسب امتداده حقوقا متعدّده، لا حقا واحدا، و اضافه خاصه مستمره، كالملكیه، و الزّوجیه، و الّا فلا بدّ من سقوطه بتمامه، بسقوط وسطه، ضروره انّه إذا تخلّل العدم مثلا بإسقاطه فی الیوم الثانی، لا موجب له فی الیوم الثالث، فان ما أوجبه العقد من شخص الخیار، قد انعدم، و الخیار فی الثالث لو وجد لكان شخصا أخر، لا ما كان بالعقد، و انعدم بالإسقاط، لاستحاله إعاده المعدوم، مع انّه على تقدر إمكانه محتاج الى المعید، و لا دلیل على كون العقد بمعید، كما لا دلیل على كونه موجبا لخیار، فلا تغفل.

[و الثالث التصرف]

قوله (قدس سره): (هو فی غایه الإشكال، لعدم تبادر ما یعمّ ذلک من لفظ الحدث و عدم دلاله ذلک على الرضاء- إلخ-).

مع انّ ظاهر الاخبار، انّها لیست بصدد جعل الحدث، رضا بالبیع تعبّدا، كما انّ ظاهرها انّ الرّضاء المستكشف بالحدث الذی أحدثه، لیس الّا ما هو أحد طرفی التّخایر، لا أمر أخر، جعل تعبّدا مسقطا للخیار، و ذلک لانّه لیس الّا الرّضاء بالعمل على طبق العقد، و ترتیب الأثر على وفقه، و من الواضح انّ مثل التّقبیل و اللّمس، إذا لم یكن عن غفله و اختیار، كما هو كذلک

يكون مرادا فى الأخبار ظاهرا ملازم عاده لهذا الرضاء، فلا محاله يكون كاشفا عنه، و حمله عليه انّما يكون لأجل ذلك، لما بين الكاشف، و ما هو كاشف عنه نحو من الاتّحاد.

و بالجمله، دعوى ظهور الاخبار فى كون الرّضاء، هو أحد طرفى التّخاير، كدعوى كون مثل التّقبيل فيما إذا لم يكن هناك غفله أو اختيارا، ملازما عاده للرضاء بالعقد، ليست بمجازفه، ضروره أنّ سياقها آب عن كونها بصدد جعل شى ء مسقطا للخيار، على خلاف ما هو قضيّه التّخاير، لولاه، أو جعل شى ء أماره تعبّديه على تحقّق ما لا يبقى معه الخيار على وفقه لو كان، فلا بد فيما لا يلازم الرّضاء بهذا المعنى من الحكم ببقاء الخيار.

و من هنا يظهر انّ النّظر إلى الجاريه إذا كان للاختيار، و لو كان الى ما يجوز النّظر اليه لغير السيّد، ليس بمسقط للخيار، و لا يعمّه إطلاق الحدث فى الاخبار، لما عرفت من الانسباق الى ما إذا كان الأحداث لا للاختبار، و لا مع الغفله عن العقد. ثم لا يخفى انّه لا يبعد دعوى انسباق هذا من إطلاق سائر الاخبار، و انّها انّما تكون بصدد بيان انّ التّصرف فيما إذا كان من جهه العمل على وفق العقد يكون مسقطا من جهه انّه التزم بالعقد و رضاء به، كما صرّح به فى صحيحه ابن رئاب، و حيث قد عرفت ان هذه الصحيحه، ظاهره فى ان الرّضاء بالمعنى المتقدم لما كان أخذا بالخيار، كان مسقطا له، لا أنّه مسقط تعبدا، ظهر انّه لا مجال لتوّهم انّ مجرد الرضاء بالعقد، و العمل على طبقه فى الجمله، لا يكون أحد طرفى التخاير ما لم يكن رضا و التزاما به مطلقا، و انه يكفى فيه، و فى سقوط الخيار به، فتدبّر جيّدا.

قوله (قدس سره): (الّا انّ المستفاد من تتبع الفتاوى، الإجماع على عدم اناطه الحكم- إلخ-).

لو سلّم اتفاق فتاويهم على ذلك لكان تحصيل الإجماع منه ممنوعا، لوضوح ان منشئه، ليس الّا ما استظهروا من هذه الاخبار.

ان قلت: نعم، و لكن اتفاقهم يكشف عن الظّفر باحتفافها بما يكون معها ظاهره فيما اتّفقوا عليه.

قلت: لیس ظهورها فی خلاف ما صاروا إلیه بمثابه لا یکون مصیرهم الیه، الّا بذلک، و بدون ذلک لا یکشف عنه، کما لا یخفی. هذا، مع انّ الظّاهر من الرّضاء فی کلمات اصحابنا الأخیار کما فی الأخبار، هو الرّضاء الفعلی، لا النّوعی، ضروره انّه لیس بالرّضاء، فلا وجه لتعیّن المعنی الثالث، بل المتیقن هو المعنی الرّابع، و علیه فالمدار علی الرضاء الفعلی، و ان لم یکن تصرّفه بکاشف نوعا، فیکون امرا لجاریه بغلق الباب و نحوه، من جهه الرّضاء بالشراء، و انّها ملکه مسقطا، و لیس النّظر الی ما لا یجوز النّظر الیه منها، الّا لمالکها إذا کان للاختیار، أو الغفله بمسقط واقعا. و ربما یوفق بذلک بین کلمات الأعلام فی المقام، فتأمّل.

[الثالث خیار الشرط]

[مسأله لا فرق بین کون زمان الخیار متصلا بالعقد أو منفصلا عنه]

قوله (قدس سره): (لصیروره المعامله بذلک غرریه- إلخ-).

لأنّها مقیّده بشرطه، فیوجب جهالته الغرر فیها. نعم لو لم یکن مقیّده به، بل کان الشرط فی ضمنها من دون ان یکون قیدا لها، لا یکون جهالته موجبه له، و لعلّ الاستدلال بان اشتراط المدّه المجهوله مخالف الکتاب و السنّه، لأنه غرر ناظر الی ذلک، فلا یرد علیه ما أورده علیه، و ان کان یرد علیه ان جهالته حینئذ، لا یوجب الغرر فی المعامله أصلا، کما لا یخفی، و یکون شرط الخیار فیه فی ضمنه، کشرط الخیار فیه فی ضمن عقد أخر.

فتدبّر.

[مسأله لا فرق فی بطلان العقد بین ذکر المده المجهوله و بین عدم ذکر المدّه أصلا]

قوله (قدس سره): (و بین عدم ذکر المدّه أصلا کان یقول بعتک- إلخ-).

هذا، مع إراده مده معینه واقعا، أو غیر معینّه. و امّا إذا کان المراد ثبوت الخیار فی العقد بلا غایه و مطلقا، بان یکون العقد بالشرط عقدا جائزا مطلقا الی ان یسقط الخیار بأحد المسقطات، فالمنع عن کون ذلک غرریا، مجال واسع، ضروره انّه لا خطر فیما أقدما علیه من العقد الخیاری کذلک أصلا، کما لا یخفی.

[مسأله یصح جعل الخیار لأجنبی]

قوله (قدس سره): (فان اختلفوا فی الفسخ و الإجازه قدم الفاسخ- إلخ-).

هذا مبنیّ علی ان یکون الخیار ملک الفسخ. و اما بناء علی ان یکون

ملك الفسخ و الإمضاء، فلا يقدم الّا ما تقدم، و يكون مرجع الإجازه إلى إنفاذ العقد و إمضائه، لا إلى إسقاط خيار المجيز.

لا يقال: مرجعه حينئذ و لو كان الى إمضاء العقد و إنفاذه، الّا انّه من طرفه، فيصير لازما من جانبه، كما إذا لم يكن له خيار لا من الأخر، كما إذا لم يكن خيار أصلا.

لأنّا نقول: اجازه العقد، انّما يكون إمضائه من طرف المجيز فيما كان الخيار للمتعاقدين شرعا، أو بجعلهما شرطا، فان الظّاهر من إطلاق دليل الخيار، أو شرطه هو ذلك، بخلاف ما إذا جعل بالشرط للاجنبيّين، فان الظاهر هو جعل ولايه فسخ العقد، و إمضائه مطلقا لكل منهما و بالجمله، المتبع فى إمضائه مطلقا، أو الإمضاء من خصوص طرفه هو الشرط مطلقا، الّا انّ الظاهر من الإطلاق فيما إذا جعل الخيار للمتعاقدين، هو اختيار كل منهما للفسخ و الإمضاء من طرفه، بخلاف ما إذا جعل للاجنبيّين، فان الظاهر منه اختيار الفسخ و الإمضاء المطلق فتأمّل، و لكن من الممكن جعل خلاف ما هو قضيه الإطلاق و الدلاله عليه. فافهم.

[مسأله من أفراد خيار الشرط ما يضاف البيع و يقال له بيع الخيار]

[الأوّل إن اعتبار رد الثمن فى هذا الخيار يتصور على وجوه]

قوله (قدس سره): (عدا الرابع فان فيه إشكالا- إلخ-).

و عدا الأوّل فإن فيه أيضا اشكالا من جهه انّ تحديد مبدء الخيار بالرّد موجب لجهاله مدّه الخيار، كما يأتى فى كلامه- ره-، لكن لا وجه للإشكال من جهه واحد منهما. اما الإشكال فى الرّابع فلأنّ نفس الشرط من الأسباب، كما هو قضيّه دليله. و احتمال ان يكون الانفساخ مما لا بد فيه، من سبب خاص كالزّوجيّه، مدفوع بعموم دليله.

(و توّهم) انّه لا مجال للرجوع اليه بعد تخصيصه بما خالف السنّه، مع احتمال كونه على خلافها، و ليس الّا من باب الرّجوع الى العموم، فى الشبهات المصداقيّه. (مندفع) بانّ ذلك فيما لو لم يكن فى البين استصحاب عدم كون هذا الشرط مما لم يرد على خلافه السنّه، فان إحراز هذا بالاستصحاب يكفى، فإنّه مما بقى تحت العموم، فتأمل جيدا.

و امّا الإشكال فى الأوّل، فلأنّ الجهاله فى مدّه الخيار، لا ضرر فيه، الّا من جهه الغرر، و لا غرر أصلا فيما إذا كان منشأ الخيار فى المدّه المعيّنه بيده، بحيث يكون له فى أىّ جزء منها شاء احداثه و إنشائه، كما لا يخفى.

[الأمر الثانى الثمن المشروط رده إمّا أن يكون فى الذمه و إمّا أن يكون معينا]

قوله (قدس سره): (و يحتمل العدم بناء على اشتراط الرّد بمنزله اشتراط القبض- إلخ-).

حيث لا- يكاد يكون ردّ بلا قبض، ففى صوره عدم القبض، لا خيار حيث لا ردّ، لكن لا يخفى ان هذا التّرديد و الاحتمال، انما هو لأجل عدم إحراز ما هو الشّرط، و انّه جعل الخيار بشرط الرّد مطلقا، أو بشرط القبض، و لا اشكال مع إحراز ما هو الشرط فى الحكم أصلا، و مع عدم الإحراز، فلا بدّ من الاقتصار على المتيقن من الخيار بعد الرّد، فافهم.

قوله (قدس سره): (على اشكال فى الأخير من حيث اقتضاء- إلخ-).

إنّما الإشكال فيما إذا كان الشرط منحلا الى شرط الخيار بردّ ما يعمّ البدل، و شرط تملك المبيع بعوض البدل فيما إذا ردّه مع التّمكن من العين، و اما إذا لم يكن هناك الّا شرط واحد، و هو الخيار بالرّد، و لو فى هذه الصوره.

فلا إشكال فى تحقق الخيار بردّ البدل، و لو مع بقاء العين، و ان كان قضيّه الفسخ حينئذ ارتجاع العين، بل لا اشكال على تقدير الانحلال الى شرطين أيضا، الّا ان يكون الاشكال من جهه عدم إحراز ذلك الانحلال، فتأمل جيّدا.

[الأمر الثالث لا يكفى مجرد الرد فى الفسخ]

قوله (قدس سره): (و لعلّ منشأ الظهور انّ هذا القسم- إلخ-).

لا ريب فى انّه لا يكفى مجرّد الرد فى الفسخ على الوجهين الأوّلين، لتأخر نفوذ فسخه و سلطنته عليه من الرّد بمرتبه أو مرتبتين، فكيف يصير فسخا، و لو علم انّه قصده به، و كذا على الوجه الأخير، لعدم سلطنته على الفسخ مطلقا، كما لا ريب فى حصول الفسخ أو الانفساخ على الوجهين الأخيرين. و من هنا ظهر انّ عدم كفايته فى الفسخ، انّما يكون لأجل عدم السلطنه على الفسخ ما لم يتحقّق، لا لأجل عدم دلالته عليه.

فانقدح بذلك ما فى التعليل بعدم الدلاله، و فيما أورده عليه (ره) بعد

تحسینه، مع عدم الدّلاله بقوله (ره) «و امّا لو فرض الدّلاله عرفا- الی قوله- فلا وجه لعدم الکفایه حینئذ- إلخ-»، لما عرفت من انّ الوجه فیه، عدم السلطنه علی الفسخ بعد، لا عدم الدلاله، فلا ینافی اعترافهم بتحقّقه بما هو أخفی، و ذهابهم الی عدم الکفایه، کما لا یخفی.

[الأمر الرابع یسقط هذا الخیار بإسقاطه بعد العقد]

قوله (قدس سره): (بل و علی الوجه الأوّل بناء علی ان تحقق السبب، و هو العقد کاف- إلخ-).

فی کفایته اشکال، حیث انّه لا دلیل علی الاسقاط، مع انّه خلاف الأصل، و الثابت انّما هو إسقاط نفس الحقّ لا سببه. و کون سببه بیده، لا یقتضی أزید من انّه یکون مختارا فی إیجاده و عدمه، لا مختارا فی تأثیره، کی لا یؤثر إذا أسقطه، فافهم.

قوله (قدس سره): (و لو ظهر معیبا کفی فی الرّد و الاستبدال- إلخ-).

لا یکفی إلّا إذا کان هناک تصریح أو إطلاق یعمّه، و مجرّد الإطلاق غیر کاف لانصرافه الی الصحیح، کما هو واضح.

قوله (قدس سره): (إذ لا منافات بین فسخ العقد و صحّه هذا التّصرف و استمراره- إلخ-).

لا- یخفی انّ قضیّه الفسخ رجوع ما أعطاه، وفاء بما علیه من الثّمن الکلّی، کرجوع الثمن العینی، و لا یصحّ التّصرف فیه بعد الفسخ، الّا بسبب أخر حادث، فیکون تصرف ذی الخیار فیه منافیا للفسخ. نعم فی خصوص هذا الخیار، غیر کاشف عن الرّضا، لما افاده (قدس سره) من تواطئ المتعاقدین، أو العلم بعدم الالتزام بالعقد بمجرد التّصرف فی الثمن، و قد مرّ انّ التّصرف انّما یکون مسقطا فیما یکون کاشفا و ملازما للرّضاء لا مطلقا تعبّدا، فتدبّر.

قوله (قدس سره): (و الظّاهر عدم الإشکال فی جواز إسقاط الخیار قولا قبل الرّد- إلخ-).

قد عرفت الاشکال فیه، فیما إذا توقّف حدوث الخیار علی الرّد، کما فی الوجه الأوّل، و هو یصرح به.

قوله (قدس سره): (ففيه انّها لا يقدح مع تحديد زمان التّسلط على الرّد- إلخ-).

لما عرفت من انّها منه لا يوجب الغرر، و الفرق بين هذا المقام، و ما إذا جعل الخيار من حين التّفرق، هو جهاله مبدء الخيار بنفسه و سببه بحسب جعلهما فى الثانى، فيكون فيه الغرر، بخلاف المقام، فإنّ أمر سببه بيده من حين العقد، فلا غرر، فافهم.

[الأمر الخامس لو تلف المبيع كان من المشترى]

قوله (قدس سره): (و يحتمل عدم الخيار بناء على ان مورد هذا الخيار- إلخ-).

لا يخفى انّه لا يكاد يكون اختلاف الحكم بثبوت الخيار و بعدمه فى مثله، الّا من جهه الاختلاف فيما شرطاه، فلا إشكال فى بقاء الخيار مع التّلف، فيما إذا لم يشترط البقاء، كما لا إشكال فى عدمه معه، فيما إذا شرط، و المرجع فى تعيين الاشتراط، هو الظهور لو كان، و مع عدمه فالمتّبع هو أصاله الإطلاق و عدم الاشتراط. و من هنا ظهر انّه لا وجه لاحتمال الخيار، مع استظهار الاشتراط، الّا بلحاظ الواقع و عدم اصابه الظهور له. فتفطّن.

قوله (قدس سره): (و انّما المخالف لها هى قاعده- إلخ-).

فإن قضيّتها كون التّلف من البائع الذى يكون مالكا للنّماء بالإجماع، لكنّه إذا كان المراد منها، ان الخراج، انّما يكون بإزاء ضمان العين أو سببه، كما هو مذهب أبى حنيفه، و يحتمل قريبا ان يكون المراد منها، ان الخراج يكون مضمونا كالعين، أو انّه يكون بمقدار ضمانه، و بحسب تعهده كمّا و كيفا. و يؤيّد ذلك، انّه لم يكد يوجد مورد حكم بمضمونها بذاك المعنى، و المنافع فى العاريه المضمونه، ليست بسبب الضّمان أو بإزائه، كما لا يخفى.

[الأمر السادس لا إشكال فى القدره على الفسخ برد الثمن]

قوله (قدس سره): (لانّ الظاهر من الرّد إلى المشترى حصوله عنده- إلخ-).

أى الظاهر من إطلاق الرّد إلى المشترى، و عدم التّصريح بإراده خصوصه، هو اراده الوصول اليه، بنفسه، أو بوليّه، أو وكيله، و يكون وضوح

الغرض قرينه على إلغاء خصوصيّه المشتريئيه، و انّ المراد من لفظ المشترى، من يعمه، و من يقوم مقامه، و الّا فمجرد ظهور ان الغرض ذلك ما لم يصر قرينه موجبه لظهور اللفظ فى العموم، غير مجد، كما لا يخفى.

[الأمر الثامن كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ برد الثمن كذا يجوز للمشترى اشتراط الفسخ برد المثمن]

قوله (قدس سره): (و فى جواز اشتراط ردّ بدله مع التمكن من العين، إشكال- إلخ-).

لا إشكال فى جواز هذا الاشتراط و صحته، و كفايه ردّ البدل فى حدوث الخيار، غايه الأمر انّ قضيّه الفسخ، هو رجوع العين بنفسها، فيرد البدل، و لا منافات أصلا بين قضيّتهما، كما هو أوضح من ان يخفى.

[مسأله لا إشكال فى عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع]

قوله (قدس سره): (فلا معنى لدخول خيار الشرط فيه- إلخ-).

فإنّه لغو و بلا طائل، حيث انّه شرط أمر حاصل، لكنّه إذا كان الجواز فيها، بمعنى جواز فسخها، لا جواز رفع الأثر الحاصل بها، و إلّا لا يكون بحاصل، كما لا يبعد ان يكون كذلك الجواز فى الهبه، و الوكاله، و نحوهما، فإنّ غايه ما يكون فيها، عزل الوكيل، و استرجاع العين فى الهبه، و الوديعه، و العاريه، لا جواز فسخ عقدها الحاصل بالخيار.

لا يقال: انّه بذلك لا يخرج عن اللّغويه، فإنّه يكفى فى الخروج تمكنه به عن الفسخ، حيث انّه ربّما يلجأ اليه، فيما إذا لم يجز له الرّجوع لنذر و شبهه اشكال، و دفع.

ربما يقال: هذا بناء على انّ الخيار، هو ملك الفسخ، و امّا بناء على انّه ملك الإمضاء و الفسخ، فلا معنى لامضائه، مع جوازه ذاتا و لو بذاك المعنى.

لكنه يقال: انّ جوازه كذلك، لا ينافى لزومه، و رفع تزلزله النّاشى من قبل شرط الخيار، فلا تغفل.

قوله (قدس سره): (فالأولى الاستدلال عليه، مضافا الى إمكان منع صدق الشرط- إلخ-).

يمكن ان يقال: انّه لا يعتبر فى نفوذ الشّرط و صحته، مشروعيه ما شرط، بل يكفى كونه ممّا صحّ اعتباره عقلا، و نقد اشتراطه عرفا، ضروره

شمول «المؤمنون عند شروطهم» (۱) له، و لو قیل بتخصیص الشروط بما صحّ اشتراطه لدی العرف. و بالجمله یکون مثله دلیلا علی إمضاء الشارع، لما یکون عرفا ماضیا، و ان لم یعهد منه إمضائه بالخصوص، فافهم. نعم لا یبعد ان یقال: انّ الإیقاعات لم یعهد منه إمضائه بالخصوص، فافهم. نعم لا یبعد ان یقال: انّ الإیقاعات لم یعهد من العرف انحلالها، و نقض آثارها بعد وقوعها، حتّی یصحّ اشتراط ذلک فیها.

قوله (قدس سره): (و عدم مشروعیّه التّقابل فیه- إلخ-).

لا یخفی انّه یکفی مشروعیه الخیار فیه بالعیب فی صحّه شرطه شرعا، بل قد عرفت فی الحاشیه السّابقه، کفایه صحّه اعتباره عقلا، و نفوذ اشتراطه عرفا فی شمول العموم له، و ان لم یعهد من الشارع إمضائه بالخصوص، فینحصر الوجه فی عدم دخول الخیار فی النّکاح بالإجماع ان تمّ، و إلّا فقضیّه العموم دخوله فیه، فافهم.

قوله (قدس سره): (و الأظهر بحسب القواعد اناطه دخول خیار الشرط بصحّه التّقابل- إلخ-).

لا یخفی انّ صحه التّقابل لا یجدی فی دخول الشرط فی العقد، إذا کان اللّزوم حکمه ذاتا، فان شرط الخیار معه، یکون منافیا لما هو قضیّه العقد، و لا یعتبر فیه إذا کان حکمه إطلاقا، فإنّه معه، لا یکون مخالفا لمقتضاه، و لا یکون داخلا فیما حرم الحلال أو حلّل الحرام، فیکون باقیا تحت العام، فینفذ بلا کلام، فتأمل جیّدا.

[الرابع خیار الغبن]

اشاره

قوله (قدس سره): (و لو أبدل- قدس سره- هذه الآیه (۲) بقوله تعالی «وَ لا تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْباطِلِ (۳)» کان أولی- إلخ-).

لا یخفی انّه لا وجه للأولویّه أصلا، ضروره أن الآیه تدلّ علی بطلان ما یعد الأکل معه فی العرف، أکلا بالباطل، و المهمّ هو نفوذ فسخ ما یکون

۱- مستدرک الوسائل: ۲- ۴۷۳.

۲- النساء: ۲۹.

۳- البقره: ۱۸۹.

صحيحا، و جواز إبطاله، فكيف يصحّ الاستدلال بها على المرام فى المقام و حرمه الأكل بعد الفسخ فيما نقد شرعا، ليس من باب الأكل بالباطل عرفا، بل من جهه نفوذ الفسخ فى الصحيح شرعا، فلا يكون الأكل بعد نفوذ الفسخ داخلا فيما نهى عنه أيضا، و ان كان حراما.

و بالجمله حرمه الأكل بالسبب الباطل، غير الحرمه بعد إبطال السّبب الصحيح و انحلاله. و انقدح بذلك ما فيما افاده (قدس سره) بقوله «و مقتضى الآيه و ان كان حرمه الأكل- إلخ-»، كما انقدح انّه لا معارضه بينها و بين قوله تعالى «إِلّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً» (۱) كما لا يخفى.

قوله (قدس سره): و لكن يمكن الخدشه فى ذلك، بان انتفاء اللزوم و ثبوت التّزلزل فى العقد، لا يستلزم ثبوت الخيار فى العقد- إلخ-).

هذا إذا كان المرفوع بحديث (لا ضرر) (۲) الحكم النّاشى منه الضرر.

و امّا إذا كان المرفوع ما كان للضّرر من الحكم، مع قطع النّظر عن هذا الحديث، كما استظهرناه فى البحث، و فيما علقناه على البراءه، كان المرفوع فى المعامله الغبنيّه، وجوب الوفاء بها، و هو يستلزم جوازها، كما لا يخفى. نعم لا يستلزم ثبوت الخيار، ضروره انّ عدم وجوب الوفاء عليه، لا يقتضى ثبوت حق له، يسقطه و يصالح عنه، كما هو واضح، مع انّه لو شكّ فى حدوث الحقّ، فالمتّبع هو أصاله عدم سقوطه بالإسقاط بعد تساقط أصاله عدم حدوثه بالمعارضه، مع أصاله عدم حدوث الجواز فافهم.

[مسأله يشترط فى هذا الخيار أمران]

[الأول عدم علم المغبون بالقيمه]

قوله (قدس سره): (ثم انّ المعتبر الصّحه حال العقد- إلخ-).

من غير فرق فى ذلك بين اعتبار ظهور الغبن فى حصول الخيار شرعا، و بين عدم اعتباره فيه، و كونه كاشفا عنه عقلا، و هذا واضح.

[الأمر الثانى كون التفاوت فاحشا]

قوله (قدس سره): (الأمر الثانى، كون التفاوت فاحشا، فالواحد بل الاثنان- إلخ-).

اعتباره واضح، لو كان الدّليل على الخيار بالغبن، هو الإجماع،

١- النساء: ٢٩.

٢- وسائل الشيعه: ١٧- ٣۴٠- ب ١٢- ح ٣.

اقتصارا على القدر المتيقن من معقده، و امّا لو كان الدليل عليه، قاعده نفى الضـرر و الضـرار، فلا وجه لاعتباره، و انّما المعتبر هو ان لا يكون الضـرر بسـببه قليلا جدّا، بحيث ينصـرف عن مثله لا ضرر، و لا يكون ممّا يتعارف أقدام المتعاملين عليه فى مثل هذه المعـامله، كى لا يعمّه، بقرينه وروده فى مقام الامتنان المنافى لنفى الضـرر، مع الاقـدام، فالضـرر الحادث بالغبن إذا لم يكن قليلا كـذلك، و لاـ مما يقـدّم عليه فى مثل هـذه المعامله، يوجب الخيار، و لو لم يكن فاحشا، و لا يوجبه إذا كان قليلا، أو ممّا يقـدم عليه، و ان كان فاحشا بالإضافه إلى المعامله التى وقع فيها الغبن، فتأمل جيّدا.

قوله (قدس سره): (لانّه ضرر لم يعلم تسامح النّاس فيه، و يحتمل الرّجوع- إلخ-).

لكنه ضـعيف، فان المخصّـِص لأصاله، أو الحاكم عليه هو (لا ضـرر و لا ضـرار) و هو يعم كلما لم يعلم عليه الاقـدام، لا يقال انه تمسك بالعام فى الشـبهه المصداقيه لخروج ما عليه الإقدام فإنّه لا ضير فيه فيما إذا كان المخصص لبيّا كما فى المقام، فان العقل يخصّصه بما إذا لم يكن هناك إقدام بملاحظه أنّه سيق فى مقام الامتنان.

فان قلت: نعم لكنه إذا لم يكن متّصلا بالعام، و الّا فلا يجز التمسك فيه أيضا.

قلت: نعم، إذا كـان متصـلا به، بحيث لاـ ينعقـد للعـام معه ظهـور، إلّـا فى البـاقى، و ليس كـذلك فى المقـام، فـان حكم العقل بالاختصـاص بما لا أقـدام عليه من الضّـرر، ليس الّا كحكمه بعـدم جواز لعن المؤمن، و لو كان من بنى أميّه، بالإضافه الى ما دلّ على جواز لعنهم قاطبه. فافهم.

قوله (قدس سره): (بل لعدم كونه ضررا بملاحظه ما بإزائه من الأجر- إلخ-).

لاـ يخفى أنّ ملاحظه ما بإزائه فى الآخره، لا يخرجه عن الضـرر، بل يكون من أجل تحمله، اطاعه للأمر به، و حـديث (لا ضـرر) (۱) ظاهر فى نفى ما

۱- وسائل الشيعه: ۱۷- ۳۴۰- ب ۱۲- ح ۳.

للضّـرر الدّنيوى من الحكم بإطلاق دليله، از عمومه على ما استظهرناه، أو فى نفى الحكم الناشى من قبله الضرر، على ما استظهره (قدس سره)، فراجع كلامه، و ما علّقناه عليه.

[مسأله ظهور الغبن شرط شرعى لحدوث الخيار أو كاشف عقلى]

قوله (قدس سره): (فظاهر عباره المبسوط و الغنيه و الشرائع- إلخ-).

حيث قال فى المبسوط: «و إذا اشترى شـيئا فبان له الغبن، فان كان من أهل الخبره لم يكن له ردّه- إلخ-» (۱). و قال فى الشرائع: «من اشترى شـيئا و لم يكن أهل الخبره و ظهر فيه غبن، لم يجر العاده بالتّغابن فيه- إلـخ-» (۲). و أنت خبير بعدم ظهور العبارتين فى اشتراط الظهور شـرطا، لو لم نقـل بظهورهما فى كون الشـرط نفس الغبن، لتعارف التعبير بمثل بان، و ظهر، فى مقام تحقّق ما هو الموضوع المكشوف بلا دخل للكشف فيه أصلا.

قوله (قدس سره): (فان ظاهره حدوث الخيار بعد دخول السوق- إلخ- (۳)).

يمكن منع دلالته أيضا، بل يكون التّعليق بلحاظ انّ الدّخول سـبب تبيّن الخيار بعد الفراغ، عن انّه ليس شـرط حصوله، ضروره انّ شرطه هو الغبن أو ظهوره. و بالجمله دخول السوق على كل حال، ليس بنفسه شـرط حصول الخيار، و وقته، كما هو ظاهر اللفظ، بل هو سبب تبيّن الخيار بالغبن، أو سبب تبيّنه بظهور الغبن به.

قوله (قدس سره): (فلا يحدث الّا بعد ظهور الغبن- إلخ-).

لاـ يخفى انّ فعليّه السـلطنه غر متوقّفه على العلم بـالغبن، بناء على عـدم الاشتراط، فلو فسـخ قبله اقتراحا نفـذ واقعا، و ليس الجهل هيهنـا دافعـا للفعليّه، كمـا فى الأحكام التّكليفيّه. نعم معه غالبا لا يتخاير و لا يفسـخ، كما هو الحال فى الجاهل بحكمه، أو بحكم سائر الخيارات، و السقوط بالتّصرف

۱- المبسوط ۲- ۸۷.

۲- شرائع الإسلام- ۲- ۲۲.

۳- و فى المصدر: فان ظاهره حدوث الخيار بعد الدخول الموجب.

الكاشف عن الرّضاء و الإمضاء، لا يختص بما بعد الظّهور، بل لو فرض انّه يكشف عنه قبله، لأسقطه، و ما ليس بكاشف عنه، لا يسقطه، و لو كان بعده، غايه الأمر اختلاف التّصرفات فى الكشف و عدمه بعد الظهور و قبله، فافهم.

و الظاهر ان حال التّلف قبل الظّهور بناء على ثبوت الخيار بنفس الغبن، ليس الّا كما فى سائر الخيارات، مع الجهل بها، بناء على عموم قاعده التّلف فى زمان الخيار لمثل هذا الخيار، كما انّ الظاهر ان المنع من التّصرفات النّاقله فى زمن الخيار واقعا يدور مدار ثبوته كذلك. و حكم بعض من منع من التّصرف فى زمان الخيار يمضى التّصرفات من الغابن قبل علم المغبون، لا دلاله له أصلا على كون المنع، انّما هو لأجل السلطنه الفعليّه، لقوّه احتمال ان يكون ممّن يقول بالاشتراط حقيقه، أو من لا يرى بحدوث حقّ الخيار مطلقا، و انّما كان الغبن عنده موجبا لجواز فسخ العقد، أو جواز الرّد، بلا حقّ يمنع التّصرفات، أو غير ذلك. فالأولى ان يقال فى بيان الإرجاع: أنّ إدراج مثل لفظ الظّهور فى بعض الكلمات، انّما هو كشفا و حكايه، لا سببا و موضوعا، كما أشرنا إليه فى روايه تلقّى الرّكبان، (۱) فتأمل جيّدا.

قوله (قدس سره): (و ظاهره عدم ثبوت الخيار قبل العلم بالعيب- إلخ-).

و الّا لم يقيّد العيب بقبليّه العلم، فان التّقييد بدون ذلك غير مفيد، فان العيب الحادث، بناء على ثبوت الخيار مطلقا، غير مضمون على المشترى أصلا، فلا يمنع عن الرّد بالتّدليس مطلقا، قبل العلم، أو بعده، لكنه انّما يفيد ذلك، لو كانت قاعده التّلف فى زمن الخيار، شامله لخيار العيب، إذ لولاه لكان العيب الحادث مضمونا على المشترى، و لو قيل بثبوت الخيار له من قبل، و لم يكن وجه للتّقييد، كما افاده- ره- فى جامع المقاصد، و لا يقبل ما ذكره بقوله «الّا ان يقال» فافهم.

۱- كما فى وسائل الشيعه: ۱۲- ۳۲۶- ب ۳۶.

[مسأله يسقط هذا الخيار بأمور]

[أحدها إسقاطه بعد العقد]

قوله (قدس سره): (فلا إشكال فى صحه إسقاطه بلا عوض مع العلم- إلخ-).

هـذا، إذا كـان الحـادث بـالغبن حقّ الخيـار، و انّما إذا كان الحكم بجواز الردّ و الاسترداد، أو الفسـخ، كما هو قضـيّه قاعـده نفى الضرر و الضّرار، حسبما تقدمت إليه الإشاره، فلا إشكال فى عدم صحته و عدم سقوطه بالإسقاط فتأمل جيّدا.

قوله (قدس سره): (ففى السقوط و جهان من عدم طيب نفسه- إلخ-).

بل كان بطيب نفسه فيما إذا لم يكن خطائه الّا من باب تخلف الـدّواعى كما انه لا إسـقاط أصـلا إذا لم يكن من هذا الباب، و لا يخفى، انّ هـذا يختلف باختلاـف الأشـخاص، و الأـحوال، و التفارتـات، فلا بـدّ من الإحراز فى الحكم بالسّـقوط و عـدمه، و مع الاختلاف فالمتبع هو ظهور اللفظ بما حفّت به من القرائن الحاليّه و المقاليّه لو كان، و إلّا فالأصل هو عدم السقوط.

و من هنـا ظهر حـال الصـلح عن الغبن، فيمـا إذا هو أزيـد ممّا زعمه، و انّ صـحته و بطلانه يـدوران مـدار أنّ خطائه من ایّ باب، فيكون صـحيحا بلا ارتياب إذا كان من باب تخلّف الـدّواعى، و فاسـدا إذا كان من غير هذا الباب، ضـروره أنّه صـلحه عما ليس واقع، و لا صلح عما هو الواقع. فانقدح بذلک ما فى كلامه، زيد فى علو مقامه.

قوله (قدس سره): (ضروره انّه كما كان التّفاوت المحتمل أزيد ببدل- إلخ-).

لا يخفى انّ بـدل المال مع الجهل بالحال، انما يختلف زياده و نقيصه بحسب الاحتمال، لا بحسب الواقع، و ان المدار فى حصول الغبن فى الصـلح عنه، هو ملاـحظه انه مع احتمـال هـذا المقـدار من الغبن، اى مقـدار من المال يبـذل بإزاء الصـلح عنه و انّه وقع بـذاك المقـدار أو بالأقل، و ذلک لضـروره انّه لا بـدّ أن يلحظ فى معرفه الغبن فى المعامله و عـدمه، انها وقعت بمقـدار ما يبذل بإزائه غالب المتعاملين من المال أولا، فلا بـدّ فى حصول الغبن و عـدمه فى الصـلح عنه مع الجهل بمقـداره، ان المبذول بقدر ما يبذله الغالب مع الجهل

به، و احتمال انّه بمقدار كذا، أو لم يكن بذاك المقدار.

قوله (قدس سره): (إذ يكفى فى ذلك تحقق السبب المقتضى للخيار- إلخ-).

ربما يشكل بأن إسقاط المسبب بمجرد سببه قبل الشّرط مساوق لئلا يكون السبب بعد الشرط مؤثرا، أو ليس هذا ممّا يرجع إليه، كى يقدر عليه، و الّا فمجرد الشك فى السبب، غير قادح، و لو قيل بقدح التّعليق، حيث لا تعليق فى السبب، فان المفروض انه ينشأ الإسقاط بداعى احتمال السبب، كما ينشؤه بداعى الجزم به، فيوثره لو كان، و الّا فكان لغوا، فلا تعليق أصلا فى السبب. فتوهم انّه قادح فيدفع بأنه غير قادح هيهنا، فان الممنوع منه هو التعليق على ما لا يتوقف تحقق مفهوم الإنشاء عليه، كما افاده- قدس سره- و لكن مراده من مفهوم الإنشاء هو ما يتسبّب به اليه، لا معناه، فإنه لا يكاد يتوقّف على شى ء مطلقا أصلا، لإمكان إنشاء أىّ معنى كان، فافهم.

قوله (قدس سره): (فإنّه لا بد من وقوع شى ء بإزائه و هو غير معلوم- إلخ-).

يمكن ان يقال بانّ العوض مثل هذا الصّلح انّما يكون بإزاء نفس الصّلح، لا بإزاء المصالح عنه المجهول.

لا يقال: ان نفس الصلح عنه غير قابل لان يقع بإزاء العوض ما لم يكن المصالح عنه ثابتا فى الواقع، و الّا كان فى غير محلّه و لغوا.

فإنه يقال: ان الصلح مع الجهل بالحال ممّا يرغب فيه العقلاء حيث يرتّب عليه خروج المعامله عن المعرضيّه للجواز بظهور الغبن، فافهم.

[الثالث تصرف المغبون بعد علمه بالغبن بأحد التصرفات المسقطه للخيارات]

قوله (قدس سره): (و هو إطلاق بعض معاقد الإجماع، بأنّ تصرّف ذى الخيار- إلخ-).

إنما دلّ الإطلاق و العلّه على السّقوط بالتّصرف، إذا كان الثابت بالغبن، حق الخيار، لا مجرّد الحكم بالجواز، كما مرت إليه الإشاره، و مع الشّك يستصحب جواز الرّد الثابت سابقا على كل تقدير.

لا يقال: هب ان الثابت بقاعده نفى الضـرر ليس الّا الحكم بالجواز، و هو مما لا يسـقط بمسقطات الخيارات، الّا انه كما لا يجرى مع الاقدام عليه، فكذلك لا يجرى مع الرّضاء به بعده.

فإنه يقال: لا حاجه الى جريان نفى الضرر ثانيا، كى يقال بأنّه لا يجرى، بل يكفى جريانه أوّلا فى ثبوت الجواز الباقى بعد الرّضاء إطلاقـا، أو استصـحابا، بنـاء على ثبوت الخيـار بعـد ظهور الغبن. و امـا بنـاء على ثبوته من حين العقـد، فالمرجع هو إطلاق «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (۱) لو لم يكن هناك إطلاق لـدليل الخيار، كما أشـرنا إليه غير مرّه. و منه انقدح حال الإجماع، و لذا اسـتدرک (قدس سره) انّ الشك فى الرّفع، لا فى الـدّفع، بعـد بيان عـدم مساعده ما هو دليل الخيار من نفى الضـرر، و الإجماع عليه بعد الرضاء، و امره بالتأمل لعلّه إشاره الى ما شـرحناه، أو الى انّ الشّک فيه، فى المقتضـى، و الاستصـحاب فيه غير حجه على مختاره، و ان كان حجه على المختار، كما بيّناه تقريرا و تحريرا.

[الرابع من المسقطات تصرف المشتري المغبون قبل العلم بالغبن تصرفا مخرجا عن الملك]

قوله (قدس سره): (و يمكن ان يوجه بان حديث نفى الضرر (۲) لم يدلّ على الخيار، بل المتيقن منه جواز ردّ العين- إلخ-).

حديث نفى الضـرر و ان لم يدلّ على الخيار، لكنه دلّ على عدم وجوب الوفاء بالعقد الضّررى و عدم لزومه، فإنه دالّ بلسان نفى الموضوع الضّـررى على نفى حكمه الذى دلّ عليه دليله بإطلاقه، أو عمومه. و من الواضح انّ الموضوع الضـررى هيهنا هو العقد الغبنى المحكوم بلزوم الوفـاء بمثل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (۳)، فليكن هو المنفى بحديث نفى الضّـرر، فيجوز فسخه، و لم يمنع عنه عدم ردّ العين ليتنزّل الى بـدله، كما فى الفسـخ بالخيار. و هذا، مع انّ بناء المشـهور على ثبوت الخيار للمغبون، و معه لا مجال للتّوجيه أصلا، كما لا يخفى.

۱- المائده: ۱.

۲- وسائل الشيعه: ۱۷- ۳۴۰- ب ۱۲- ح ۳.

۳- المائده: ۱.

قوله (قدس سره): (و تضرر المغبون من جهه زياده الثمن معارض بتضرر الغابن- إلخ-).

قبول المثل أو القيمه، ليس من الضرر أصلا، كى يعارض به ضرر المغبون، كما لا يخفى. نعم يكون التنزّل الى البدل على خلاف عموم التّسلط على الأموال (۱) فيما كان ابتدائيّا بلا توسيط فسخ العقد. و امّا معه فإنّه انّما يكون بمقتضى كون تلف ماله على متلفه، و كونه فى عهدته و ضمانه، و هو ليس على خلاف عموم التّسلط، لو لم يكن على وفقه، فافهم.

قوله (قدس سره): (ففى جواز الرّد و جهان: من انّه متمكن حينئذ، و من استقرار البيع- إلخ-).

بل يتعيّن الوجه الأوّل فى أمّ الولد، لمنع استقرار البيع بمجرّد الاستيلاد، بل مراعى بعدم موت الولد حين الاسترداد. و فى فسخ العقد اللازم يكون و جهان مبنيّان على ان الزّائل العائد بالفسخ كالّذى لم يزل، أو كالذى لم يعد حيث انّ الملكيّه العائده به بحسب الدّقه و الحقيقه، ملكيه جديده، و بملاحظه انّ اعتبار فسخ العقد و انحلاله، اعتبار إعاده نفس الملكيّه السّابقه الزّائله. و منه قد انقدح عدم جريان الوجهين فيما كان العود بناقل جديد، فان الثابت انّما هو جواز ردّ العين عن الملكيّه الّتى حدثت للآخر بالمعامله الغنيّه، لا عن ملكيه جديده. نعم لو كان الثابت له، فسخ العقد و لو حكما، ففسخ، كان له استرداد العين المنتقله إلى الأخر مطلقا، و لو بسبب جديد و ان لم ينتقل اليه بنفس الفسخ، حيث لا وجه للتنزّل الى البدل، مع التمكن من نفس المبدل، فتأمّل جيّدا.

قوله (قدس سره): (من امتناع الرد و هو مختار الصيمرى- إلخ-).

لا امتناع لرد نفس العين المبيعه، و انما الممتنع ردّ منافعهما لاستيفائها المغبون بالإجازه. و فى لزوم الغرامه عليه، وجه، و هو لزوم الضرر على الغابن لو لا لزومها على المغبون من دون ضرر عليه. فتأمّل.

۱- بحار الأنوار: ۲- ۲۷۲.

قوله (قدس سره): (و فی لحوق الامتزاج مطلقا، أو فی الجمله، وجوه).

ای الامتزاج و لو بغیر المثل، أو خصوص الامتزاج بالمثل، و یحتمل ان یکون المراد الامتزاج و لو بنحو یتمكّن من التمیّز، أو خصوص ما لا یتمکن منه عاده، فتأمل. و یحتمل قویا ان یکون المراد الامتزاج و لو مع ملک الغابن أو خصوص ما إذا کان مع ملک المغبون، لتمکن المغبون من الرّد، فیما إذا کان الامتزاج مع ملک الغابن. و مجرّد صیروره المغبون مالکا للجزء المشاع من الممترجین، لا یمنع عن ردّ ما انتقل الیه بالبیع الی الغابن، فافهم.

[أمّا تصرف الغابن]

قوله (قدس سره): (اما تصرف الغابن فالظاهر انّه لا وجه لسقوط خیار المغبون به- إلخ-).

لا یخفی ان ما ذکر وجها لسقوط خیار المغبون قبل علمه، یکون وجها لسقوطه بتصرّف الغابن بمثل تصرّفه، فإنّه یمنع عن الاسترداد، کما هو کان مانعا عن الرّد. و دعوی انّ العبره بإمکان الرّد، مجازفه، ان لم نقل بان الاعتبار یساعد علی ان یکون العبره بإمکان الاسترداد ابتداء، و ان یکون له ذلک کما لا یخفی. نعم لو کان الحادث بسبب الغبن، هو الخیار، لم یکن وجه لسقوطه أصلا بتصرّف أحدهما، کما أشار إلیه (قدس سره) فی تصرف المغبون، فتدبر جیّدا.

قوله (قدس سره): (وجوه، من وقوع العقد فی متعلق حقّ الغیر- إلخ-).

انما یکون العقد فی متعلق حق الغیر، فیکون فضولیا، فیکون له الرّد و الإبطال، إذا کان الموجب لحق الخیار، موجبا لحق أخر فی العین الذی الخیار، و دون إثباته خرط القتاد. غایه الأمر عدم نفوذ تصرفات غیر ذی الخیار فی زمانه و بطلانها، و هو غیر التّسلط علی ابطالها، کما لا یخفی. هذا لو قلنا بحدوث جواز الفسخ حقّا أو حکما، و کذلک لو قلنا بانّ الغبن لا یوجب إلّا جواز الاسترداد، فإنّ غایه ما یحدث بسببه، هو جوازه حکما، لا حقّا، فتأمل جیّدا.

قوله (قدس سره): (و یحتمل هنا تقدیم حقّ الخیار- إلخ-).

قد مرّ غیر مره انّ متعلّق حق الخیار هو العقد، و قضیّه الفسخ بسببه،

لیست الّا رجوع کل عوض الی صاحبه الأوّل بنفسه فیما أمکن عقلا و شرعا، أو ببدله فیما إذا لم یکن، فلا یقتضی تقدم سبب حق الخیار لتقدیمه، الّا ان یقال: ان الاستیلاد فی زمنه وقع فی غیر محله.

قوله (قدس سره): (و یمکن النظر فیه بان فسخ المغبون إما بدخول العین فی ملکه- إلخ-).

یمکن ان یقال: انّ فسخه و ان لم یکن فی مثل المقام مقتضیا بنفسه لدخول العین فی ملکه، لخروجها عن ملک من انتقل الیه، الّا انّ التّنزل الی البدل انّما یکون فیما إذا لم یتمکّن من عین المبدل. و المفروض فی المقام تمکنه منها، لکن لا یخفی انّ قضیّه تحصیلها أیضا فی العقد اللازم بالاستقاله و نحوها إذا أمکن. و لا أظنّ أن یلتزم به الشهید- ره- و قد انقدح بما ذکرناه، ان لزوم الفسخ لأجل ان الخروج عن عهده تلک العین المنتقله عن ملک الغابن، انما یکون بردّها مع الإمکان بلا توسیط التّنزل الی البدل بالفسخ، لأجل الحیلوله.

ان قلت: إذا کان الفسخ غیر مقتضی لدخول العین فی ملک من خرج عن ملکه بالعقد فی مثل المقام، فلا محیص عن ان یکون مقتضیا لدخول بدلها، لئلّا یلزم الجمع بین العوضین، و معه لا وجه لوجوب تحصیلها، کما افاده- قدس سره.

قلت: الفسخ و ان کان غیر مقتضی لدخول العن فی ملکه حقیقه، الّا انّه لا بدّ من تقدیره و دخوله فی ملکه حکما، بعد تقدیر ملک من خرج عن ملکه بالعقد الثانی، لیصحّ اعتبار انتقاله عنه الی الفاسخ، فیصح الفسخ، جمعا بین نفوذ الفسخ الذی لیس الّا حلّ العقد بین العوضین، المقتضی لرجوع کل الی ملک الأخر الذی خرج عن ملکه به، و بین نفوذ العقد الثانی علی أحدهما و صحته. و انّما یکون التّنزّل الی البدل لأجل کون المبدل الرّاجع بالفسخ علی عهدته و ضمانه، و عدم تمکنه من ردّه، لا لأجل اقتضاء الفسخ إیّاه فی هذه الصوره، ضروره ان الفسخ لیس بمعاوضه جدیده، بل حلّ العقد السابق، و لا یکاد یکون الحلّ الّا برجوع ما صار الی کل واحد من المتعاقدین

بالعقد إلى الأخر و لو تقديرا، فيما إذا لم يكن الرّجوع حقيقه، و اما مع تمكنه من ردّه بنفسه، فلا وجه للتّنزل الى بدله، ضروره انّ قضيه الضمان، لزوم ردّ العين المضمونه مع الإمكان. فتأمل فى المقام فإنّه لا يخلو عن دقّه.

قوله (قدس سره): (لكن ذلك انّما يتمّ مع كون العين على ملك المغبون- إلخ-).

لا- يعتبر فى بدل الحيلوله كون العين على ملك المضمون له، بل يكون ثابتا، و لو خرجت، كما إذا صار الخلّ فى يد الغاصب خمرا، فلا يبعد ان يلزم بالبذل و بالعلاج، كى صار خلّا. و الدليل على وجوب تحصيل العين، هو كون تلك العين المنتقله عنه بالعقد الراجعه بالفسخ الى ملك من انتقل عنه اليه بالعقد الأوّل تقديرا، كما عرفت فى ضمانه، فافهم.

و مما ذكرنا قد انقدح وجوب ردّ العين، فيما إذا فسخ الغابن بعد فسخ المغبون، أو ملك بسبب جديد، لا لاقتضاء الفسخ كما افاده، و قد عرفته، بل لما مرّ من انّه قضيّه الضمان للعين المنتقله إليه بفسخه العقد الأول و لو تقديرا، فتأمل.

قوله (قدس سره): (فامّا ان يكون نقصا يوجب الأرش- إلخ-).

كما إذا كان بتلف جزء من العين، و اما إذا كان بإزاء صفه الصّحه، و احداث عيب فيها، ففى الأرش إشكال من ثبوته فيما ظهر المبيع مبيعا، و من انّ الثمن بتمامه انّما يكون بإزاء العين، لا أن يكون شيئا منه بإزاء صحّتها، و ان كانت موجبه لزياده قيمتها، كسائر الأوصاف، و انّما كان ثبوت الأرش عند فواتها فى عيب المبيع دونها تعبدا لأجل دليل خاص، فتدبّر جيّدا.

قوله (قدس سره): (لأن المنفعه من الزّوائد المنفصله المتخلّله بين العقد و الفسخ- إلخ-).

و انما صارت منفصله بعقد الإجاره، فقد استوفاها الغابن به قبل الفسخ، فيكون حالها حال المنافع الّتى تكون لها قبل الفسخ فى الانفصال بالاستيفاء. هذا، لكنّه يمكن ان يقال: انّ ضرر الغبن فى هذه الصوره، لا يكاد

یتدارک بمجرد فسخ البیع، کی یکتفی فی نفیه بجواز الفسخ، حیث انّه کما کان بقاء هذه المعامله ضررا، کان فسخها بلا اجره المثل للمنفعه فی هذه الإجاره ضررا، فکما ان قضیّه نفی الضّرر کان نفی ما للضرر الأول من الحکم لولاه، کان قضیّته أیضا نفی ما للضّرر الثانی. فیکون قضیّته جواز الفسخ مع الأجره.

و قد انقدح ممّا قرّرناه، ان الضّررین، مما لا مناص له عن أحدهما، فلا یکون مجال لتوهم ان الضّرر الثانی یکون بإقدام منه بالفسخ، فتأمل جیّدا.

قوله (قدس سره): (و فیه نظر، لمنع تزلزل ملک المنفعه- إلخ-).

و انما یکون متزلزلا- فیما کانت المنفعه باقیه علی تبعیّتها له فی الملکیه، و غیر خارجه عنها بالإجاره و نحوها، فحینئذ کما لم ینتقل بانتقاله بإرث و نحوه، کذلک لا ینتقل بفسخ عقده. نعم لما کانت المنفعه فی غیر مدّه الإجاره باقیه علی تبعیّتها له، کانت متزلزله مثله ینتقل بالفسخ بتبعه.

قوله (قدس سره): (و سیجی ء ما یمکن فارقا بین المقامین- إلخ-).

و لعل الفارق هو انّ التفاسخ هناک من رأس، و الفسخ هیهنا من حینه.

قوله (قدس سره): (فالظّاهر ثبوت الشّرکه فیه- إلخ-).

فیه اشکال لاحتمال ان یکون الزّیاده الحکمیّه، کزیاده القیمه السّوقیه غیر موجبه لها. نعم لا یبعد القول بوجوب دفع اجره المثل دفعا للضرر، فان دفع العین الزّائده بهذه الزیاده بدون الأجره، یکون ضررا علی الغابن، فتأمّل جیّدا.

قوله (قدس سره): (فلکلّ منهما تخلیص ماله عن مال صاحبه- إلخ-).

ربّما یشکل بان التّخلیص انما یکون للکل، إذا لم یستتبع تخلیصه ضررا، و تخلیص الأرض بقلع الشّجر مستتبع للضرّر علی الغابن، و الأرش انّما یکون تدارکا له، فیکون الحکم بجواز القطع مع الأرش، مساوقا للحکم بجواز الإضرار و تدارکه، و المنفی بقاعده نفی الضرر و الضرار، جواز الإضرار، و لیس

بقاء الغرس بالأجره، ضررا على صاحب الأرض و تداركه، كى يعارض به ضرر التّخليص، فيصير قاعده التّسلط مرجعا و ذلك لان استفاء منفعه ملك الغير، من أنحاء انتفاعه بملكه، بخلاف تنقيص ملكه بقلع، أو كسر مع الأرش، فإنّه إضرار به مع الجبر، فلا يكون الحكم ببقاء الغرس بالأجره و عدم جواز قلعه بالأرش، إلّا حجر المالك بهذا المقدار، لقاعده نفى الضّرر و الضرار، بخلاف الحكم بالقلع بالأرش، فإنه مخالف لهذه القاعده، و قاعده التّسلط.

فان القلع بدون رضاء مالك الغرس، على خلاف تسلّطه على ماله، و ان كان من جهه تخليص أرضه على وفق القاعده، و من المعلوم انّ قاعده نفى الضرر، تقدم على قاعده التّسلط، كسائر القواعد.

لا يقال: ربّما يوجب حجر المغبون، و عدم تسلّطه على تخليص أرضه، ضررا عليه، لأجل نقص قيمه الأرض أحيانا بذلك.

فإنه يقال: لا بأس به، فان الضّرر النّاشى من قبل حجر المالك بقاعده نفى الضّرر، لا ينفى بها، كما يظهر من روايه سمره بن جندب (۱)، فتأمّل.

و قد انقدح بما ذكرنا، انّه لا فرق بين ما نحن فيه، و بين مسأله التّفليس، حيث ذهب الأكثر فيها إلى انّه ليس للبائع الفاسخ، قلع الغرس، و لو مع الأرش. و ما ذكره من الفرق، يكون حدوث ملك الغرس فى ملك متزلزل فيما نحن فيه، فحقّ المغبون، انّما تعلّق بالأرض قبل الغرس، بخلاف مسأله التّفليس فيه، انّه ليس للمغبون حقّ فى الأرض أصلا، و انّما كان له الخيار، و حق فسخ العقد، أو مجرد جواز فسخه، أو استرداد العين، بلا تعلّق حق له بالعين، كما مرّت إليه الإشاره، فتدبر جيّدا.

قوله (قدس سره): (من حصول الاشتراك قهرا لو كانا لمالكين- إلخ-).

قد عرفت انّ قضيّه الفسخ، هو رجوع كل من العوضين الى ملك صاحبه الأول حقيقه، أو تقديرا، فالاجزاء الخليّه هيهنا بالفسخ يصير ملكا للآخر، فيحصل الاشتراك قهرا، حيث كان كل من الممتزجين لمالك، كما

۱- وسائل الشيعه: ۱۷- ۳۴۰- ب ۱۲- ح ۳.

فى صوره الامتزاج بالجنس، حيث لا وجه للاشتراک الّا ذاک، و مجرّد التّفاوت بتغيّر الحقيقه فى أحـدهما دون الأخر، لا يوجب اختلافهما فى الحكم بعـد الاتفاق، مع عدم التّمكن من ردّ نفس العوض، كما لا يخفى. فلا يكون الامتزاج بغير الجنس، كالتّلف الرافع للخيار، مع ما فى كون التّلف واقعا من النظر، بل المنع، كما يأتى.

[بقى الكلام فى حكم تلف العوضين مع الغبن]

قوله (قدس سره): (فمقتضى ما تقدم من التّذكره فى الإخراج عن الملک- إلخ-).

ربّمـا يقال بان سـقوط الخيار بالخروج عن الملک، لا يقتضـى سـقوطه بالتّلف، إذ مع الخروج لا يمكن الفسـخ، لا لامتناع رجوع كـل عوض الى ملـک صـاحبه الأوّل، و هو قضـيّه الفسـخ، كما عرفت، و عـدم امتناعه مع التّلف لصـحه اعتبار رجوع التّالف الى ملـک صاحبه الأوّل بعـد الفسـخ، كما كان فى ملک الأخر قبله. و كون غرامته عليه لضـمانه، لا يمنع عن الرجوع، و لا يكون من باب الجمع بين العوض و المعوّض، كما مرّت إليه الإشاره، فيصح اعتبار الفسخ فيه لذلک.

نعم لو قام دليل على نفوذ الفسخ مع الخروج، فلا مناص عن اعتبار الرّجوع تقديرا، كما مرّ، أو المنع عن كون قضـيّته، رجوع كلّ عوض بنفسه الى صـاحبه، بـل بمـاليته، و لو ببـدله من قيمته أو مثله، فيمـا إذا لم يتمكّن عن رجوعه بعينه، لكنه عرفت ان الفسـخ ليس معاوضه جديـده، بل حل العقـد السابق، و من الواضـح انّه بين العوضـين بعينهما، فلا بـد من رجوع البدل بالفسخ من ذاک الاعتبـار، و الّـا لم يكن بفسـخ أصـلا، كمـا لا يخفى. و لا يكاد يصار اليه، الّا إذا كان دليل على نفوذ الفسـخ، فيما إذا تعـذر الرّد حقيقه، فافهم.

قوله (قدس سره): (فاذا فسخ غرم قيمته يوم التلف، أو يوم الفسخ- إلخ-).

أو يوم الدّفع، وجوه، أضعفها الأوّل، حيث لا منشأ له الّا توّهم انّه لا بد فى البيع المتزلزل، من اعتبار بقاء العين و لو ببدلها، فيكون الى البدل يوم

التلف، و هو كما ترى. و يتعيّن الوجه الثانى، بناء على ان يكون التّنزل الى البـدل بعد الفسخ ابتداء فى صوره التّلف، و اما على ما عرفت من ان قضيّه الفسخ، رجوع ملك نفس العين مطلقا، و انّما يكون دفع المثل أو القيمه غرامه عنها، فالمتيقّن هو القيمه يوم الـدّفع، فإنه يوم الخروج عن عهـدتها، و لا يكاد يكون الّا بـدفعها أو بدلها فى هذا اليوم، كما لا يخفى. و بذلك قد انقدح الحال فى بعض الفروع الاتيه، فتأمل.

[مسأله الظاهر ثبوت خيار الغبن فى كلّ معاوضه ماليه]

قوله (قدس سره): (الظاهر ثبوت خيار الغبن فى كلّ معاوضه ماليه بناء على الاستناد- إلخ-).

و عدم الحاجه فى الاستناد الى نفى الضرر، الى الجبر بعمل معظم الأصحاب، و الّا فلا يصحّ الاستناد إليه فى ثبوته فى غير البيع، لعدم ظهور الاستناد من المعظم اليه، الّا فى البيع.

قوله (قدس سره): (و لعله للإقدام فى هذين على رفع اليد- إلخ-).

يمكن منع كون مثل هـذا الاقـدام على الضـرر مانعا عن نفيه، فإنّه لا دليل على اسـتثناء صوره الإقـدام مطلقا، بل الوجه فى خروج صوره الإقـدام، إنّمـا هو عـدم المنه فى نفيه مع الاقـدام، مع كونه فى مقـام المنّه، ففى كل مقام لم يكن هناك منه فى نفيه، كان الإقـدام مانعا عن نفيه، بخلاف ما إذا كان هناك المنّه، كما إذا لم يكن هناك إقدام أصـلا كالمقام، حيث ان المصالح لو فرض انه أقدم باعتقاد النفع، أو عدم الضـرر، أو رجاء ذلك، فلا شـبهه فى انّ نفيه يكون منه. نعم لو فرض اقدامه عليه بدون ذلك، بل كائنا ما كان، فلا منه مع اقدامه كذلك فى نفيه، و يكون كالإقدام مع العلم، و لا يبعد ان يكون الإقدام على الصّـلح فى مقام رفع الخصومه كذلك، بل يمكن ان يقال:

انّ الصـلح فى هـذا المقـام، و لو لم يكن بـذاك الاقـدام، لا منه فى الحكم بجوازه لنفى الضـرر، بل الحكمه تقتضـى لزومه دفعا للتّشاجر و الخصومه، و فيه كمال المنه، فتدبّر.

[مسأله اختلف أصحابنا فى كون هذا الخيار على الفور أو على التراخى]

قوله (قدس سره): (فلا يخفى ان هذا العموم فى كل فرد من موضوع الحكم، تابع لدخوله تحت العموم- إلخ-).

حيث انّ عمومه إلا زمانى المستفاد من الإطلاق، لم يلحظ بحيث

یوجب کون کل فرد من إفراد الموضوع افرادا کثیره، بحسب کثره السّاعات أو الأیّام، فیکون کل عقـد فی کلّ ساعه أو یوم فردا من العـام، کیلاـ یکون منـاص عن الرّجوع الیه فیما شکّ فی تحصـیصه من الإفراد، لا کلام، بل غایه ما یسـتفاد من الإطلاق، هو اسـتمرار الحکم لکـلّ فرد لم یخرج عن العـام. و امّا الخارج فی الجمله، فالمتّبع فیه إذا شکّ فی زمان فی کونه محکوما بحکمه، أو بحکـم الخـاص، هـو استصـحاب حکمـه، لاـ أصـاله العمـوم، لعـدم کـونه فی هـذا الزّمـان فردا شـکّ فی تخصـیص العـام به، کتخصیصه به فی الزمان الأول، بل هو فرد واحد خصّص به العام هذا.

قلت: نعم، لو کـان خروجه عن تحت حکمه فی الزّمـان الثـانی، لا من الأوّل. و امّا إذا کان خروجه من الأوّل، و شکّ فی مقـدار خروجه، فلا بـدّ من الاقتصار علی المقـدار المتیقن من الخروج، و الرّجوع الی حکم العام فی القدر الزّائد، مثلا لو شکّ فی طول الخیار المجلس و قصـره، و کـذا فیما هو المعتبر فی الصّـِرف و السّـلف من القبض فی المجلس، کان المرجع فی المقـدار الزّائد علی المـتیقن، هو «أَوْفُوا بِـالْعُقُودِ» (۱) اقتصارا علی المقـدار المتیقن من التّقییـد، و ذلک لان احکم الواحـدانی المسـتمر المتعلّق بکل عقـد فی «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» قـد انقطع فیما إذا دلّ دلیل علی حـدوث الخیار فی عقـد بعـد لزومه، فلا وجه للرجوع إلی إطلاقه، حیث لم یکن العقـد فی غیر مـا علم فیه الخیـار من الزمان، مشـمولا له علی حـده، کی یرجع الیه ما لم ینهض دلیل علی تقییـده، بخلاـف مـا إذا کـان تقییـده، من الأـوّل، فـإنّ إطلاـقه یقتضـی وجوب الوفـاء به، بعـد تقییـده بما علم التّقییـد به، فـذاک الحکم الواحدانی المستر، انّما یکون متعلّقا به بعد مضـی الزمان المعلوم خروجه فیه، فلا انقطاع له أصـلا، بل غایته عدم تعلّقه به، الّا بعد زمان و کان مقتضی الإطلاق تعلّقه بمجرد انعقاده.

و مما ذکرنا قد انقدح انّ حال انقطاع الحکم عن الأخر حال عدم

۱- المائده: ۱.

تعلّقه من الأوّل، و انّه لا بدّ من الاقتصار فی انقطاعه بالمقدار المعلوم، و النباء علی حکم العام الی زمان علم التقیید، و انقطاعه فیه. فتأمل جیدا.

کما انقدح انّ خیار الغبن ان کان من الأوّل، فالمرجع هو «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (۱) فیما لم یعلم ثبوته، و ان کان بعد ظهور العین، فالمرجع هو استصحاب الخیار، بناء علی المسامحه فی موضوع الاستصحاب، و أصاله عدم تأثیر الفسخ، بناء علی المداقّه فیه.

قوله (قدس سره): (لما عرفت سابقا من ان مرجع العموم الزمانی- إلخ-).

قد عرفت انّ ذلک انّما یمنع عن الرّجوع الیه بعد عروض الانقطاع علیه، لا عن الرجوع الیه بعد مضی الزمان الذی علم تقییده، و عدم ترتّب ذاک الحکم الاستمراری علیه فیه من الأوّل، فیکون إطلاق «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» دلیلا- علی کون الخیار علی الفور، بناء علی ثبوته من الأوّل، لا بعد ظهور الغبن، کما ان قضیّته الاستصحاب، انّه علی التّراخی، بناء علی انه بعده، حیث انّه شک فی بقاء الخیار للمغبون بعد القطع بثبوته له، و لا یعتنی باحتمال ان یکون الموضوع له، هو الذی لا یتمکّن من تدارک ضرره أصلا، و إلّا لا نسدّ باب الاستصحاب فی الأحکام بالمرّه، کما لا یخفی.

و لا وجه لاستظهار ذلک من حدیث «لا ضرر و لا ضرار» (۲)، إذ غایه دلالته، ثبوت الخیار للمتضرّر، و لا اشاره فیه الی أنّ المدار علی عدم التّمکن من التدارک، کما هو واضح.

قوله (قدس سره): (و لیس ترک الفحص عن الحکم الشرعی منافیا لمعذوریّته- إلخ-).

لإطلاق حدیث نفی الضرر، و کمال المنه فی نفیه عن تارک الفحص، و ان کان متمکّنا من الفسخ معه، و هذا هو الوجه فی معذوریّه

۱- المائده: ۱.

۲- وسائل الشیعه: ۱۷- ۳۴۱- ب ۱۲- ح ۳.

الجاهل بالفوريّه، و ان تمكنه من الفسخ ليس بضائر، و الّا كان التّمكن منه فى الصوره الأولى ضائرا.

و بالجمله، وجه المعذوريّه و هو الإطلاق و المنه فى النفى مع الجهل، مشترك بينهما، كما لا يخفى. و بذلك قد انقدح وجه معذوريه الشّاك فى ثبوت الخيار، فتدبّر جيّدا.

[الخامس خيار التأخير]

اشاره

قوله (قدس سره): (من ان الصبر أبدا مظنّه الضّرر- إلخ-).

لا يخفى ما فى الاستدلال بقاعده نفى الضّرر و الضّرار فى ثبوت الخيار من النّظر، حيث ان الضّرر هيهنا انّما هو ناش من تأخير القبض، لا فى نفس المبيع، كى يوجب نفى ما لولاه، كان له من لزوم الوفاء به، و لا وجه لأن يتدارك ضرر ناش من قبل شى ء ينفى حكم شى ء أخر أصلا، كما لا يخفى. و كيف يصح الاستدلال به على ثبوت الخيار، مع اعتبار أمور فى ثبوته، مع اختلال الجلّ، لو لا الكلّ، الّا ان يدعى نهوض الإجماع أو غيره على التّخصيص، و هو بعيد فتأمّل.

قوله (قدس سره): (الّا انّ فهم العلماء و حملهم على نفى اللزوم (۱)- إلخ-).

لا يخفى انّه لا يكاد يقربه فهمهم، بحيث صح لنا الاستناد الى الاخبار، فى ثبوت الخيار، إلّا إذا كان هناك اطمينان بظفرهم بما لو ظفرنا به لكنا نفهمه منها، كما فهموا، و لا اطمينان. نعم يمكن ان يقال: انّ مثل هذا التّركيب، و ان كان بحسب أصل الوضع لنفى الماهيّه، الّا انّه حيث قد غلب استعماله فى نفى صفه الصحّه، أو الكمال، أو غيرهما من الأحكام، كما فى «لا صلاه إلّا بفاتحه الكتاب» (۲) بناء على وضع أسامى العبادات للأعمّ، و «لا صلاه لجار المسجد إلّا فى المسجد» (۳) و «لا ضرر و لا ضرار» (۴) و نحوهما،

۱- و فى المصدر: و حملهم الاخبار على نفس اللزوم.

۲- وسائل الشيعه: ۴- ۷۳۲- ب ۱- ح ۱.

۳- وسائل الشيعه: ۳- ۴۷۸- ب ۱- ح ۱.

۴- وسائل الشيعه: ۱۷- ۳۴۱- ب ۲- ح ۱.

فیراد منه نفی احدی هـذه الصـفات، حسب اختلاف المقامات، و ملاحظه مناسـبه الموضوعات، لا یبعد دعوی ظهور الأخبار فی إراده نفی اللزوم، لبعد بطلان البیع، و ارتفاعه بنفسه بمجرد التّأخیر، یؤیّده فهم الأصحاب، فتأمل.

[(ثم انّه یشترط فی هذا الخیار أمور]

[أحدها عدم قبض المبیع]

قوله (قدس سره): (ثم انّه یشترط فی هذا الخیار أمور، أحدها عدم قبض المبیع- إلخ-).

لو کان الإجماع مـدرکا لهـذا الخیار، فلا محیص عن اعتبار هـذه الأمور، للاقتصار علی المقـدار المعلوم. و لو کان المدرک هی قاعـده نفی الضّـرر و الضّـرار، فلاـ وجه لاعتبـار الجلّ، لو لا الکلّ، ضـروره انّ المـدار فی ثبوت الخیار حینئـذ، ثبوت الضّـرر، أو الضّـرار، و لا شـبهه فی ثبوت الضّـرر مع فقدان بعضها، کما لا یخفی. و اما لو کان المدرک هو الأخبار، فظاهر بعضها و ان کان عـدم الاعتبار الّا بعـدم قبض المثمن، کما هو ظاهر روایه علی بن یقطین (۱). و ظاهر بعض الأخر اعتبار عـدم قبض الثمن (۲). و التّوفیق بینهما کما یکون بتقییـد إطلاق کلّ بالآخر، کی یعتبر عـدم قبض الثمن و المثمن معا، کـذلک یکون بالحمل علی کفایه عدم قبض أحدهما، الّا انّ التّوفیق الأوّل لو لم یکن بأظهر، فلیس الثّانی کذلک، أی بأظهر، و الأصل یقتضی اعتبار عدمها، فتدبّر.

قوله (قدس سره): (مع إمکان إجراء أصاله عدم التّشدید- إلخ-).

لاـ اعتبـار بمثلها، الّا من باب الأصل المثبت، مع انّ التّشدیـد کالتّخفیف، من الکیفیات الّتی تکون الکلمه توجـد اما مکیّفه به، أو بعهده، فلا حاله سابقه لها یستصـحب، و لیست من الأصول العقلائیّه، حیث لم یحرز بناء العقلاء علی العدم عند الشّک، هذا، مع معارضتها بأصاله عدم التّشدید فی قبض، فلا تغفل.

۱- وسائل الشیعه: ۱۲- ۳۵۷- ب ۹- ح ۳.

۲- وسائل الشیعه: ۱۲- ۳۵۶- ب ۹- ح ۲.

قوله (قدس سره): (و كلاهما ممكن الاندفاع بأخذ المبيع مقاصه- إلخ-).

يمكن ان يقال ان خيار التأخير، انّما كان ارفاقا بالبائع من جهه الضّرر النّاشى من قبل تأخير الثّمن، لا من جهه كون المبيع فى ضمانه، و تلفه منه قبل قبضه. و المقاصه ربّما لا يكون جائزه بحدود هذه الخيار، مع انّه ربّما لا يندفع الضّرر فيما كانت قيمه العين أقل من الثمن، بل و لو كانت أزيد إذ حينئذ لا يمكن أخذ تمامها مقاصه، و أخذ بعضها المساوى للثمن مساوق للتّملك المشترى لبعضها، بلا عوض، مع انّه ربّما لا يكون قابلًا للتبعيض، أو يكون تبعيضه موجبا للتّنقيص، و معه لا يبعد ان لا يكون مجالا للمقاصّه فتأمل جيدا.

[الشرط الرابع أن يكون المبيع عينا أو شبهه]

قوله (قدس سره): (و اما حديث نفى الضرر (۱)، فهو مختصّ بالشّخصى- إلخ-).

قد عرفت فى بعض الحواشى، انّ ضرر تأخير الثمن مع استحقاقه له معجلا، و لو كان مشروطا بتمكينه من الإقباض مع تمكينه، كاف فى ثبوته الخيار، إرفاقا به، فلا اختصاص له بالشّخصى.

قوله (قدس سره): (و لا مناسبه فى إطلاقه على الكلى- إلخ-).

المناسبه فى الكلى المعرض للبيع المتعهد به فى الذمه، هى المناسبه فى العين، كما لا يخفى، فنفى المناسبه فيه، و إثباتها فيها، تحكّم، و لفظ الشى ء يعمّ المعيّن و الكلّى، كما افاده. و دعوى ظهوره فى الموجود الخارجى، لا بيّنه و لا مبيّنه، فلا يبعد دعوى دلاله بعض الاخبار، على ثبوت الخيار فى الكلى أيضا، و يؤيّده حديث نفى الضرر و الضّرار، و يساعده لاعتبار، فتدبّر.

[يسقط هذا الخيار بأمور]

[أحدها إسقاطه بعد الثلاثه]

قوله (قدس سره): (و من ان العقد سبب الخيار، فيكفى وجوده فى إسقاطه- إلخ-).

لا يخفى ان العقد ليس سببا له، بل السبب انما هو التّأخير، فلا يكفى وجوده فى إسقاطه، و لو قيل بكفايه وجود السبب فى إسقاط السبب، و التّهيّؤ

۱- وسائل الشيعه: ۱۷- ۳۴۱- ب ۱۲- ح ۳.

الحاصل بالعقد للخيار، غير الخيار، مع انّه لم ينهض دليل على سقوطه بالإسقاط. اللّهم إلّا ان يقال: بأنه إسقاط لما يثبت بعد الثلاثه فيثبت بعدها بالتأخير، فيسقط به، و ليس هذا من إسقاطه ما لم يثبت، كی لا يعقل، فافهم. و ما ادعاه من فحوی الاشتراط، ففيه انه لا يری أولويه فيه من الاشتراط، ضروره انه يكون بالشرط ما لم يكون بدونه، فتأمّل.

[الثانی اشتراط سقوطه فی متن العقد]

قوله (قدس سره): (فان الشرط انّه يسقط به ما يقبل الإسقاط بدون الشرط- إلخ-).

و قد عرفت ان الإسقاط هيهنا لا يعقل، فإنه إسقاط لما لم يثبت، و عليه فلا يكاد يمكن تحقق إجماع علی السقوط بالشرط، كما لا يخفی. نعم يمكن تصحيحه بان يقال، انه شرط سقوطه بعد ثبوته، فيثبت بعد الثلاثه آنا ما، فيسقط، كما أشرنا إليه فی تصحيح الإسقاط، فلا تغفل.

[الثالث بذل المشتری للثمن بعد الثلاثه]

قوله (قدس سره): (و دعوی ان حدوث الضّرر قبل البدل، يكفی فی بقاء الخيار، مدفوع- إلخ-).

فيه ان حدوث الضّرر و ان كان لا يكفی بمجرّده فی بقاء الخيار، لعدم دلاله حديث نفی الضرر (۱)، الّا علی ثبوته و عدم لزوم البيع فی الجمله فی الحاله الأولی، من غير تعرّض للحاله الأخری، كما لا يخفی، إلّا انّه بضميمه استصحاب الخيار، كاف فی بقاء الخيار، و انما يكون الأحكام المترتّبه علی نفی الضرر، تابعه للضرر الفعلی، لو كان حديث النفی دالا علی كون الضرر عله تامه منحصره، و دون إثبات ذلک خرط القتاد، و إلّا فمن المحتمل ان يكون حدوثها بسبب الضرر، و بقاؤها بسبب أخر، فتدبّر.

[الرابع أخذ الثمن من المشتری]

قوله (قدس سره): (الرابع أخذ الثمن- إلخ-).

فيه إشكال، فإنّ أخذ الثمن هيهنا، ليس إلّا كأخذه فی خياری المجلس و الحيوان، فكما لا يكون هناک مسقطا، لعدم كونه بمجرّده تصرّفا كاشفا عن الرضاء بالمعامله، و إمضائها، بل يحسب تتمّه لها، كذلک هيهنا،

۱- وسائل الشيعه: ۱۷- ۳۴۱- ب ۱۲- ح ۳.

كما لا يخفى.

[مسأله فى كون هذا الخيار على الفور أم لا قولان]

قوله (قدس سره): (و قد عرفت ان الأقوى الفور- إلخ-).

قد عرفت بما حققناه فى بعض الحواشى السابقه، أنّ الأقوى فى مثل المقام، مما لم يكن الخيار من الأول التّراخى، للاستصحاب، كما قوّاه أخيرا، و الفور فيما كان من الأوّل، فتذكّر.

[مسأله لو تلف المبيع بعد الثلاثه كان من البائع]

قوله (قدس سره): (و قد يعارض النبوى (۱) بقاعده الملازمه بين النماء و الدّرك- إلخ-).

إنّما يعارض بها إذا كان التّالف ملكا للمشترى، و قد كان تلفه على البائع، حتى كان ضمانه على البائع، مع كون منافعه و نمائه للمشترى، كى ينافى قاعده الملازمه. و اما إذا صار ملكا للبائع آنا ما، قبل التّلف و لو تقديرا، كما هو المراد بالنبوى على ما يأتى، فلا يعارض بها، حيث ان التّلف حينئذ ليس الّا كالفسخ الموجب لانفساخ البيع و انحلاله، و ليس ضمان البائع للمبيع فى صوره التّلف قبل القبض، الّا تلفه فى ملكه، كما فى التّلف بعد فسخ البيع، و هو لا ينافى قاعده الملازمه، كما لا يخفى.

[مسأله لو اشترى ما يفسد من يومه]

قوله (قدس سره): (لكن المراد من اليوم، اليوم و ليله- إلخ-).

لكن الظاهر من اليوم فى الرّوايه (۲)، ما قابل اللّيل لوضعه له و قرينه المقابله، كما لا يخفى. و مجرد كون الخيار حينئذ، لا يجدى للبائع شيئا لو سلّم، لا يصلح قرينه لإراده اليوم بليله، مع انّه يجدى، فإن الغالب فيما يفسد ليومه، عدم الوصول الى التلف، و عدم الانتفاع به أصلا، فيتدارك بالخيار، ضرر عدم الوصول اليه، الّا بالاختيار. اللهم الّا ان يكون مدرك هذا الخيار عندهم، حديث نفى الضرر و الضرار (۳)، و عليه فلا وجه للتّحديد بهذا المقدار، بل يختلف زياده و نقيصه، كما هو واضح.

۱- مستدرك الوسائل: ۲- ۴۳۷.

۲- وسائل الشيعه: ۱۲- ۳۵۸- ب ۱۱- ح ۱.

۳- وسائل الشيعه: ۱۷- ۳۴۱- ب ۱۲- ح ۳.

السادس خيار الرؤيه

اشاره

قوله (قدس سره): (منها صحيحه جميل بن درّاج (۱)- إلخ-).

و تقريب الاستدلال بها، يتوقف على ان يكون الحكم بثبوت خيار الرّؤيه، لأجل كون البيع بتوصيف القطعه بما لا يكون فيها، لا لمجرّد عدم رؤيتها، كما هو ظاهرها. الّا ان لا تكون الرّوايه، إلّا بصدد بيان ان بيع الصّيغه، مع عدم رؤيه قطعه منها، يكون معرضا لخيار الرّويه المعهود، من دون ان يكون بصدد بيان ما يعتبر فيه، فتأمل.

[مسأله مورد هذا الخيار بيع العين الشخصيه الغائبه]

قوله (قدس سره): (و المسأله محلّ اشكال (۲)، و أشكل من ذلك- إلخ-).

و التحقيق فى حسم مادّه الإشكال، إذ ان الذى يرتفع به الغرر حقيقه و هو نحو اطلاع و إحاطه بالمبيع، يختلف ما يحقّه فى العين الحاضره و الغائبه، فربّما فى العين الحاضره ذاك الاطلاع، و ان لم يطلع على بعض ما لا يرتفع الغرر فى الغائبه، إلّا بالاطلاع عليه بالتّوصيف، ضروره انّه لا غرر حقيقه فى الأمه الحاضره التى يراها المشترى، و ان لم يطلع على انّه حبشيه، أو غيرها مثلا، و لا يكاد يرتفع الغرر فى الغائبه، إلّا بالاطلاع على ذلك، و سرّ ذلك ان الاطلاع الحاصل بالرّؤيه، لا يكاد يحصل بالوصف، و ان اطلع به على بعض ما يخفى معها من الأوصاف، و من هنا ظهر انّ المراد فى صحّه بيع العين الغائبه على ذكر ما يرتفع به الغرر، من دون خصوصيه فى ذكر الأوصاف التى يختلف بها القيمه أو الرغبات، و لكن لا يخفى انّ المدار فى خيار الرؤيه على التّخلف عما ذكر له من الأوصاف، و ان لم يكن مما له دخل فى رفع الغرر أصلا.

قوله (قدس سره): (و يمكن ان يقال: ان أخذ الأوصاف فى معنى الاشتراط- إلخ-).

كيف و فى الأوصاف ربما يكون ما له دخل فى حقيقه المبيع، و يكون تخلّفه موجبا لبطلان البيع بلا اشكال و لا خلاف، كما يأتى منه

۱- وسائل الشيعه: ۱۲- ۳۶۱- ب ۱۵- ح ۱.

۲- و فى المصدر: و المسأله لا يخلو عن اشكال.

(قدس سره)، فیکون أخذه موجبا للغرر، هذا، مضافا الی ان الغرر حینئذ فی نفس الشّرط، و الغرر فی الشّرط کما یوجب بطلانه، یوجب بطلان البیع، و لو نقل بفساده، بفساد الشرط، لاستلزام الغرر فیه، الغرر فی البیع، فغائله الغرر لا تکاد تندفع إلّا بأنّه لا غرر مع ذکر الأوصاف و الإخبار بالاتصاف، کما لا یکون غرر فی المقدار، مع الإخبار بوزنه أو کیله.

قوله (قدس سره): (لعدم الدلیل علی البطلان بعد انعقاده صحیحا- إلخ-).

هذا لو کان مراد القائلین بالبطلان، بطلان البیع من حین ظهور الخلاف. و اما لو کان مرادهم بطلانه من رأس، کما هو ظاهرهم، فلا مساس له بمرامهم، کما لا یخفی.

قوله (قدس سره): (و یضعف بان محل الکلام فی تخلّف الأوصاف التی لا توجب مغایره الموصوف للموجود عرفا- إلخ-).

و لا یوجب تقیید البیع و لا المبیع أصلا، و ان کانت داعیه الی البیع، أو مؤکّده لداعیه، لانّ ظهور الخلاف فیها، کما لا یوجب البطلان، و هو واضح، لا یوجب تخلّفها الخیار، إذ لیس حالها، الّا کما إذا تخیّل الاتّصاف به، مما لا اتّصاف به من الأوصاف فی العین المرئیه، فکما لا یوجب الخیار هناک، لا یوجبه هیهنا، فیشتری لذلک، بل خصوص الأوصاف الّتی یوجب ذکرها نوعا، ما لم تقم هناک قرینه علی الخلاف، تقیید البیع، أو المبیع ببعض مراتبهما، لا مطلقا، و الّا لأوجب تخلّفها البطلان، لانتفاء المقیّد بانتفاء قیده.

و بالجمله محل الکلام فیما کان التقیید بالأوصاف بنحو التعدد المطلوبی. و علیه فلو تردّد الأمرین کون الوصف ممّا یوجب التّقیید هکذا، أو لا یوجبه، فأصاله الإطلاق محکمه، فلا خیار مع التّخلف. و لو تردّد بین کونه ممّا یوجبه هکذا، أو یوجبه مطلقا، فیتردّد ما وقع بین ان یکون عقدا مع التّخلف، و ان لا یکون ضروره انّه لا یکون عقدا معه، لو کان التّقیید به مطلقا، حیث انّه یظهر بالتّخلف انّه لم یکن ما قصد بیعه، و ما یکون لا یقصد

بیعه، فلم یتحقق بعد، بیع و لا ـ عقد، کی یصح التّمسک بإطلاق مثل «أَحَلَّ الهُ ا الْبَیْعَ» (۱) أو عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (۲) فیکون أصاله عدم البیع العین الموصوفه مع التّخلف، محکمه، فتأمل جیدا.

[مسأله الأکثر علی أن الخیار عند الرؤیه فوری]

قوله (قدس سره): (و لم أجد لهم دلیلا صالحا علی ذلک- إلخ-).

و انما یتمّ ذلک لو کان الخیار ثابتا من الأوّل، و امّا لو کان الخیار من حین ظهور الخلاف، فاستصحابه کان محکما، کما عرفته فی خیار الغبن، فراجع.

[مسأله یسقط هذا الخیار بترک المبادره عرفا و بإسقاطه بعد الرؤیه و بالتصرف بعدها]

قوله (قدس سره): (و جهان مبنیان علی انّ الرؤیه سبب أو کاشف- إلخ-).

یمکن ان یقال بجواز الإسقاط، و لو بناء علی کون الرّؤیه سببا، بان یکون إسقاطا لما ثبت بعد الرّؤیه لیثبت، فیسقط، لا أن یکون إسقاطا فعلا، کی یکون إسقاطا لما لم یثبت، فتدبر جیّدا.

قوله (قدس سره): (لو جعلت الرّؤیه شرطا لا سببا، أمکن جواز الإسقاط- إلخ-).

لا یکاد یمکن الّا بما نبّهنا علیه فی الحاشیه السّابقه، ضروره انّه لا یتفاوت فی عدم معقولیه إسقاط ما لم یثبت بین ان یکون عدم الثبوت، لعدم السبب، أو لعدم الشرط. نعم لو جعل الإسقاط، إسقاطا لما ثبت فعلا بالسبب من التهیؤ، فهو و ان کان یعقل، الّا انه یحتاج الی دلیل، فلعله لم یکن من قبیل الحقوق قابله للإسقاط، بل کان من قبیل الأحکام.

قوله (قدس سره): (فان الخیار حکم شرعی لو أثر فی دفع الغرر، جاز بیع کل مجهول متزلزلا- إلخ-).

هذا، مضافا الی انّه لا یکاد ان یکون دفع الغرر بالخیار، الّا علی وجه دائر، ضروره توقف صحه البیع حینئذ علی ثبوت الخیار، و هو یتوقّف

۱- البقره: ۲۷۵.

۲- المائده: ۱.

على صحّته، فإنّه لا يكاد يكون خيار بدونها، كما لا يخفى.

قوله (قدس سره): (الّا انّه لأجل سبب الخيار، و هو اشتراط تلك الأوصاف- إلخ-).

لا يخفى ان دفع الغرر، لا يتوقّف على اشتراط تلك الأوصاف، ضروره اندفاعه بالعلم بالصفات، أو الاطمئنان الحاصل بإخبار البائع، أو غيره، كما تقدم منه- قدس سره- أيضا، و كان الخيار لأجل دفع الضرر، و لو كان نقض الغرض، لا النّقص، لا لأجل تخلّف الشّرط، كما كان فى خيار العيب، و لو سلّم انه هيهنا بالاشتراط، فشرط سقوط الخيار، انّما ينافيه، إذا كان الاشتراط علّه تامه، دون ما إذا كان مقتضيا له، فان الشرط حينئذ و ان كان يمنعه عن التّأثير فيما يقتضيه، إلّا أنّه لا ينافيه، بل ربّما يؤيده حيث التزم باقتضائه، و صار بصدد إبداء المانع عن التأثير فعلا فيه، فتأمل جيّدا.

[مسأله لا يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت]

قوله (قدس سره): (و من المعلوم عدم نهوض الشرط لإثبات ذلك- إلخ-).

انما لا ينهض فيما علم انّه لا بد فى كل واحد من انفساخ العقد و التّمليك من سبب خاص، كما علم فى الزّواج، و الطلاق، و فى غيره، فالشرط ناهض به، لعموم دليله، كما سيأتى توضيحه.

قوله (قدس سره): (و فيه انّه لا موجب للفساد مع ظهوره على الوصف- إلخ-).

فيه انّ الشرط و ان كان معلقا على ظهور الخلاف، الّا انه شرط البيع مطلقا، و فساده يوجب فساده مطلقا، لا انّ الشّرط انّما يكون فى صوره ظهور الخلاف، كى يختص فساده بهذه الصوره، فافهم.

[مسأله لو اختلفا فقال البائع لم يختلف صفه و قال المشترى قد اختلف]

قوله (قدس سره): (و كيف كان فيمكن ان يخدش بأن المشترى- إلخ-).

و الاولى ان يخدش بان الاختلاف ان كان من جهه الاختلاف فى ذكر بعض الأوصاف، و عدم ذكره، فالأصل عدم ذكره و التقييد به، و ان كان من جهه الاختلاف فى ظهور الخلاف و عدمه، فالأصل عدم ظهور

الخلاف. و ما افاده- قدس سره- بقوله «و يمكن دفع ذلك- إلخ-» فيه انّه و ان كان الاشتراط بنحو التّقييد، الّا انّه بنحو التّعدد المطلوبى، و إلّا لزم البطلان، مع ظهور الخلاف لا الخيار، و معه يكون البيع متعلّقا بالعين الملحوظه فيها صفات موجوده، أو ما يعمها لا محاله، و انّما الشّك فى تقييدها فى المرتبه الأقصى من المطلوب بالصفات المفقوده، فأصاله عدم التّقييد بها محكمه، و اللّزوم من أحكام العقد على شى ء بلا تقييده بما هو فاقده، فموضوع اللزوم محرز هيهنا بالأصل و الوجدان. و قد انقدح بذلك انّه هنا ليس مجالا، لأصاله البراءه أصلا، بعد ما كان الأصل فيما هو سبب الشّك فيها جاريا، كما لا يخفى. فتدبر جيّدا.

[السابع خيار العيب]

اشاره

قوله (قدس سره): (و انّما ترك اشتراطه صريحا، اعتمادا على أصاله السّلامه- إلخ-).

لا يخفى انّ إطلاق العقد لو كان مقتضيا للاشتراط، كما افاده قدس سره، كان هو المعتمد فى ترك الاشتراط صريحا، لا أصاله السّلامه، مع انّ الاعتماد عليها لا يكاد يجدى فى الاشتراط شيئا، غايته يجدى فى إحراز السلامه و رفع الغرر كالقطع، مع ان رفع الغرر هيهنا انما يكون بالاشتراط الدّال عليه بالإطلاق، على ما تقدم منه قدس سره، من رفع الغرر فى الأوصاف باشتراطها.

و بالجمله، أصاله السّلامه انّما تكون مجديه فى رفع الغرر، فيما إذا لم يكن قضيّه الإطلاق، أو ظهور الإقدام اشتراطها، و عليه لا يكون قضيّه الاعتماد عليها فى إحرازها، إلّا رفع الغرر كالقطع بها، لا اشتراطها كما لا يخفى. ففيما لا يجرى فيه أصاله السّلامه مما غلب فيه عدمها، كان الإطلاق أو غيره لو كان، مقتضيا لاشتراطها، فلا غرر، و فيما يجرى لم يكن هناك دليل على الاشتراط، لو لم يكن غيرها دليلا عليه، و لم يكن معه وجه للخيار مع ظهور العيب، لو كان منشئه اشتراط السّلامه.

و دعوى ان قضيّه الإطلاق أو ظهور الإقدام، انما يكون الاشتراط فى خصوص مجرى أصاله السلامه، مجازفه، كما لا يخفى، ضروره عدم الارتباط

بین اعتبارهـا، و قضـیه الإطلاـق، أو ظهور الإقـدام، مع انّه لو سـلم ذلـک، لما کان مجـدیا فیما أفاد من الاعتماد علی أصالتها فی الاشتراط، بل علی الإطلاق فی موارد جریانها، و أین هذا من الاعتماد علیها.

فانقـدح بذلک انّ الاسـتثناء عن ذکر وصف الصـحه، انّما هو بالإطلاق المقتضـی لاشتراطها، أو ظهور الاقدام المقتضـی لذلک، فتأمل جیّدا.

قوله (قدس سره): (ثم انّ المصرّح به فی کلام جماعه ان اشتراط الصحه فی متن العقد یفید التأکید- إلخ-).

یعنی انّه تصـریح بما ینزل علیه الإطلاق بقرینه الحکمه لو لا التّصریح به، أو بخلافه، لا بمعنی افاده الاشتراط لظهور الإطلاق مرّه، و بالتّصـریح به اخری، لعدم دلاله الإطلاق، و مع التّصـریح أصلا، فإن دلالته انّما یکون بقرینه الحکمه، و من مقدّماته عدم البیان کما لا یخفی.

ثم انّ ذلک لو قیل بان مبنی خیار العیب علی تخلف الشرط، فلو لم یکن هناک شرط الصّحه، کما إذا قطع بها فبیع و اشتری، لم یکن هناک خیار، و لا أظنّ أحـدا یلتزم به. و اما لو قیل بان مبناه الأخبار الـدّاله علی ثبوته مع العیب، کان اشتراط الصّحه موجبا لخیـار أخر عنـد ظهور العیب، غیر خیـار العیب الثـابت بنفس العقـد علی المعیب، و یشـهد بأنّه غیره اختصاصه بأحکام، و أثار، و ثبوته، و لو لم یکن هناک اشتراط أصلا، کما هو قضیّه الأخبار.

قوله (قدس سره): (و یؤید ما ورد من روایه یونس (۱)- إلخ-).

فیه انّه انّما یؤیـد لو کان خیار التّخلف غیر ساقط بمثل الوطی الکاشف عن الالتزام بالبیع و الرضاء به، کما افاده (قـدس سـره)، و هـو ممنـوع لمـا أسـلفناه، من ان سـقوط خیـار الحیوان بمثله، انّمـا هو علی القاعـده، و لـذا یتعـدی منه الی سـائر الخیـارات، و لا خصوصیه لخیار التّخلف من بینها.

۱- وسائل الشیعه: ۱۲- ۴۱۸- ب ۶- ح ۱.

لا يقال: قضيّه اشتراط البكاره لا يعلم تحقّقه أو تخلّفه إلّا بالوطى.

فإنه يعلم بغيره أيضا، كما هو واضح، مع كون الثيبوبه عيبا فى الإماء، محل اشكال، بل منع، كما يشهد به ما عن سماعه عن رجل باع جاريه على انها بكر فلم تجدها كذلك، قال: «لا تردّ عليه، و لا يجب عليه شى ء انه قد يكون يذهب فى حال مرض أوامر يصيبها» (۱).

[مسأله ظهور العيب فى المبيع يوجب تسلط المشترى على الرد و أخذ الأرش]

قوله (قدس سره): (و لذا لم يبطل البيع فيما قابله من الثمن- إلخ-).

كيف و لم يكن البيع الّا التّمليك بالعوض، و ما يكون قابلًا للتّمليك و التّملك، ليس الّا نفس العين، فيكون الثمن بتمامه بإزائها، غايه الأمر وصف الصحه كسائر الأوصاف فى الجمله، يوجب ازدياد الرّغبه الموجبه لبذل زياده على ما يبذل بإزاء فاقدها.

قوله (قدس سره): (ثم منع كون الجزء الفائت- إلخ-).

لا يخفى انّه إذا كان المبيع شخصيا على ان يكون له مقدار كذا، لم يكن فيما إذا ظهر ناقصا الّا فاقدا للوصف و الكميّه المأخوذه فيه، لا للجزء، ضروره أن الكميّه كالكيفيّه من الأوصاف، كيف و اعتبار الشّى ء جزءا و داخلا، يباين أخذه شرطا و خارجا كما لا يخفى، فافهم.

قوله (قدس سره): (بل الإجماع، على التخيير بين الرد- إلخ-).

و دعوى الإجماع، مع مخالفه الشيخ، و احتمال ان يكون بعض القائلين به انّما قال به بتوهّم انه مقتضى القاعده، لا يخلو عن اشكال، و ان كان مخالفه المشهور فيما صار و اليه أشكل، و ذاك يمنع عن حصول الوثوق بظفرهم بقرينه فى الاخبار، لكنّا نصار الى ما صار و اليه، لو كنا ظفرنا.

قوله (قدس سره): (و ان كان ظاهر كثير من كلماتهم توهم حدوثه بظهور العيب- إلخ-).

لكنه قد عرفت انه منزّل على المتعارف من التعبير عما هو موضوع للاحكام بمثل إذا ظهر لك كذا أو علمت كذا مع ان الموضوع لها نفس

۱- وسائل الشيعه: ۱۲- ۴۱۸- ب ۶- ح ۲.

الواقعیات و ذلک لأجل دخل مثل العلم فی ترتیب الإطعام علیها و العمل علی وفقها کما لا یخفی فتدبر.

قوله (قدس سره): (و یؤیّد ثبوت الخیار هنا بنفس العیب، ان استحقاق المطالبه بالأرش- إلخ-).

وجه التأیید وضوح انّ الأرش یکون بإزاء وصف الصّحه، و تدارکا لفقدها، لا بظهور العیب و الفقد، فلیکن العیب سببا للتّخییر بینه و بین الرّد، لا ظهوره. و فیه انّه لا ضیر فی ان یکون ظهوره سببا، لا أقل شرطا، لاستحقاقه الأرش بإزاء العیب، فلا یکون التّأیید بذلک خالیا عن شائبه المصادره.

[القول فی مسقطات هذا الخیار بطرفیه أو أحدهما]

[مسأله یسقط الرد خاصه بأمور]

[الثانی التصرف فی المعیب]

قوله (قدس سره): (و یدل علیه مرسله جمیل (۱)- إلخ-).

لا یخفی انّ المرسله انّما تدل علی انّ تعیین المبیع، و عدم قیامه بعینه بما هو تغییر، مانع عن التخایر و اختیار الرّد، و أین هذه من الدّلاله، علی ان تصرف المشتری فیه بما هو تصرف منه، موجب لمضی البیع علیه، لرضائه به، و التزامه، علی ما أسلفناه فی خیار الحیوان، من ان تصرف المشتری فیه بما لا یکون الّا من المالک تخایر و اختیار، لمضیّه، أو تعبّدا، کما احتمله- قدس سره- هیهنا.

و قد انقدح بذلک انّه لا معارضه بینها، و بین الصحیحه (۲) أصلا، و ذلک لأنّها یکون فی مقام بیان ما یمنع عن التّخایر، و الصحیحه بصدد بیان ان تصرف المشتری رضا منه، و التزام بالبیع، فتأمل جیدا.

قوله (قدس سره): (فلا یدلّ علی أزید ممّا دلّ علیه ذیل المرسله (۳)، من ان العبره- إلخ-).

قد عرفت انّ کلا من الخبرین بصدد بیان أمر غیر ما کان الأخر بصدده، فلا وجه لمنع دلاله الصحیحه (۴) علی أزید مما دلّ علیه ذیل المرسله، مع انّ وطی الجاریه و تقبیلها، من أوضح مصادیق إحداث شی ء فیها، مع

۱- وسائل الشیعه: ۱۲- ۳۶۳- ب ۱۶- ح ۳.

۲- وسائل الشیعه: ۱۲- ۳۶۲- ب ۱۶- ح ۲.

۳- وسائل الشیعه: ۱۲- ۳۶۳- ب ۱۶- ح ۳.

۴- وسائل الشیعه: ۱۲- ۳۶۲- ب ۱۶- ح ۲.

انهما لا يوجبان تغييرا فيها أصلا، كما لا يخفى.

قوله (قدس سره): (فاذا كان مجرد النّظر المختص بالمالك حدثا، دل على سقوط الخيار (۱) لكلّ تصرف- إلخ-).

أى لكل تصرف كان من قبيل التّصرف الذى دلّ عليه النّص فى خيار الحيوان، و لا يبعد مساعده العرف عليه، و انّما لا يساعد على شموله، لمثل الأمر بغلق الباب، و عليه فالبيّنه على اتحاد معنى الحدث فى المقامين قائمه، فافهم.

ثم انه ظهر بذلك انّ الظاهر ان سقوط الخيار باحداث شى ء فى المبيع، انما هو لأجل الرضا، و الالتزام، كما أشرنا إليه هيهنا، و بيّناه فى خيار الحيوان، لا تعبّدا، فلا بد من الاقتصار على التّصرف الملازم للرضاء بمثل ما مثّل به فى النّص فى خيار الحيوان، فتأمّل جيّدا فى المقام.

قوله (قدس سره): (و مقتضى ذلك انّه لو وقع التّصرف قبل العلم بالعيب لم يسقط- إلخ-).

يمكن ان يقال: ان مقتضى ذلك ان يكون التصرف الكاشف عن الرضاء بالبيع، مسقطا، و لو كان قبل العلم، و لا يلزم ان يكون الرّضاء به بعنوان انه بيع المعيب، كما لا يلزم فى الفسخ الذى هو طرفه و عدله، فلو فسخ قبل العلم بالعيب، لا ينفسخ إلّا إذا قيل باشتراط الخيار بظهور العيب.

و بالجمله طرفا الخيار، الرضا بالبيع الواقع على المعيب، و فسخه، فلو كان له الخيار واقعا لأثر التخاير و اختيار الرضاء، أو الفسخ، و ان لم يعلم بثبوته له، و لا يعتبر فى سقوطه بالتّخاير، العلم بثبوته، فإنه وضع لا تكليف، فافهم.

قوله (قدس سره): (خصوصا ما إذا كان هذا التقييد فيه فى غايه البعد كالنّص برّد الجاريه- إلخ-).

و هو ما روى عن الصادق (عليه السلام) انه بعد ما سئل عن رجل اشترى جاريه مدركه فلم تحض عنده حتّى مضى لها ستّه أشهر و ليس لها

۱- و فى المصدر: دل على سقوط الخيار هنا بكل تصرف.

حمل. قال: «ان کان مثلها تحیض و لم یکن ذلک من کبر، فهذا عیب ترد منه- الحدیث-» (۱). لکن یمکن ان یقال: انّ الإطلاق فی الرّوایه مسوق لبیان انّه عیب یرد به، لا لبیان الردّ به، کی دلّ بإطلاقه علی الرّد به، و لو أحدث فیها فی هذه المدّه، ما أحدث، کما لا یخفی، و علیه فلا یکون هناک إطلاق حتی یکون تقییده تعبّدا. و من هنا ظهر حال سائر إطلاقات الرّد، فافهم.

قوله (قدس سره): (و یرده مع ان مثلهما تصرف یؤذن بالرضاء و مثله (۲) الحبل- إلخ-).

یشکل بأنّه لو لا کون مثلهما تصرفا کاشفا عن الرضاء، بان المبیع معهما، یکون قائماً بعینه، ضروره أن المتصرف فیه بمثلهما، لا یوجب تغیّرا فیه لا یصدق معه انّه لیس قائماً بعینه، کما لا یخفی.

[الثالث تلف العین أو صیرورته کالتالف]

اشاره

قوله (قدس سره): (فان الظاهر منه، اعتبار بقائها فی ملکه، فلو تلف- إلخ-).

قد عرفت فی الحاشیه السابقه الإشکال فیه، و انّ الظاهر هو بقاء العین علی حالها بلا تغیّر، بمثل قطع، أو خیاطه، أو صبغ، فلو لم یکن التّصرف بالنّقل، أو الرّهن، أو الإجاره، بما هو کاشف عن الرضاء مسقطا، لم یکن بمسقط أصلا، لصدق انّ المبیع یکون قائماً بعینه مع التّصرف بأحدها، کما لا یخفی.

[فرع لا خلاف نصا و فتوی فی أن وطء الجاریه یمنع عن ردها بالعیب]

قوله (قدس سره): (و هذا قد (۳) وقع عن أمیر المؤمنین (علیه السلام) مبنیا علی تقریر رعیته علی ما فعله الثانی- إلخ-).

أو ردّا من أمیر المؤمنین (علیه الصلاه و السلام) و غیره من الأئمه (علیهم السلام) علیه، علی ما حکی عنه ابن ابی لیلی، من انّها تردّ و یردّ معها مهر مثلها، کما هو فی محکی التذکره (۴)، أو لأجل انّه لا معنی یعقل

۱- وسائل الشیعه: ۱۲- ۴۱۳- ب ۳- ح ۱.

۲- و فی المصدر: یؤذن بالرضا و مرسله جمیل.

۳- تذکره الفقهاء- ۱- ۵۲۶.

۴- و فی المصدر: و هذا انما وقع عن أمیر المؤمنین.

للأجره على وطى المالک، فإنّه منه ليس الّا کاستيفائه سائر المنافع من ملکه، و هذا واضح.

قوله (قدس سره): (أحدهما من حيث مخالفه ظهورها فى وجوب ردّ الجاريه، أو تقييد الحمل- إلخ-).

لا يخفى انّه انما يکون ذلک من وجوه مخالفه الظاهر التى يستلزمها العمل بظاهر الأخبار، إذا کان بکلا شقّيه مما يستلزمه العمل، و ليس کذلک، کما هو واضح، بل أحد الشّقين لازم على کل حال، عمل أو لم يعمل. اللّهم الّا ان يکون غرضه، انّه لا بد من التّقييد على تقدير الحمل، و مخالفه الظاهر، بناء على العمل، و أمر التّقييد أهون، فافهم.

قوله (قدس سره): (مخالفه لزوم العقر على المشترى- إلخ-).

مع الاستفاده منه غير واحد من الاخبار، و على الحمل يکون الحمل من المولى، لا يلزم المخالفه أصلا، حيث ظهر بطلان البيع، و کون الوطى فى غير الملک بشبهه، فتأمل جيّدا.

قوله (قدس سره): (و الّا لم يکن لذکر جهل البائع فى السؤال فائده- إلخ-).

لعل الفائده تخيّل انه ربّما يکون له دخل فى صحّه البيع أو لزومه.

هذا، مع انّه لم يظهران بطلان بيع أم الولد، کان فى الصّدر الأول من الواضحات، فتأمل.

قوله (قدس سره): (و تقييدها بصوره عدم هذه التصرفات- إلخ-).

لا يخفى ان العمل بظاهر الأخبار، لا يستلزم هذا التّقييد، لعدم دليل على سقوط الخيار بمثلها تعبدا، و عدم دلالتها على الرّضاء، و الالتزام بالبيع، کما مرت الإشاره إليه مرارا، فلا دوران فى الأخبار بين التقييدين. ثم لا يخفى انّه يتوجه على هذا الوجه، ما وجّهنا على الوجه الأول، فلا تغفل.

قوله (قدس سره): (و يمكن الرجوع الى ما دلّ على جواز الرّد مع قيام العين- إلخ-).

قد عرفت فى بعض الحواشى السابقه انّه لاـ وجه للرّجوع اليه مع التّصرف الكاشف عن الالتزام بالبيع، حيث لا يبقى معه مجال للطرف الأخر للخيار، فافهم.

قوله (قدس سره): (لكن يبقى لزوم العقر مما لا دليل عليه الّا الإجماع المركّب- إلخ-).

و هذا الإجماع و عدم الفصل انّما يجدى لو قيل بعدم جواز الفصل بين ما يقضيه الأصل. و ما يلازمه واقعه، بخلاف ما إذا قيل بجوازه، و عدم ملازمه بين عدم الفصل فى الواقع، و عدم الفصل فى الظاهر، كما لا يخفى، و لعله أشار إليه بقوله، فافهم.

قوله (قدس سره): (و لا بأس به فى مقام الجمع- إلخ-).

انما لاـ بأس به إذا كان الجمع تبرعيّا، لاـ الجمع المتّبع المرتفع به التّعارض بين الأخبار، كما اذاك ان أحد الخبرين المتنافيين حجه لترجيحه، أو لإخلال شرائط الحجيّه فى الأخر، فيئول تبرّعا بما يلائم الحجه، فافهم.

قوله (قدس سره): (و فى لحوق التّقبيل أو (۱) اللمس، بالوطى و جهان: من الخروج عن مورد النص- إلخ-).

لا يخفى عدم الاعتبار بالأولوّيه، إذا لم يكن بقطعيّه، و الاولى الاستدلال على اللحوق بالملازمه بينهما، و بين الوطى عاده، حيث لا يكاد ينفك عنهما غالبا، و معه كيف يكون الحكم بعدم السقوط به، مع الحكم بالسّقوط بهما، و التّفصيل بين ما كان منهما معه، و بين ما لا يكون كما ترى، فتأمل.

۱- و فى المصدر: و فى لحوق التقبيل و اللمس بالوطى.

[الرابع من المسقطات حدوث عيب عند المشترى]

اشاره

قوله (قدس سره): (و اما الحادث فى زمن الخيار، فكذلك لا خلاف فى انه غير مانع عن الرّد- إلخ-).

كيف، و هو يقتضى الرّد مثل العيب السّابق، و لا يكاد يكون الشى ء مانعا عما يقتضيه، ضروره انّه لا بدّ ان يكون المانع عله لعدم الشى ء، كى يمنع المقتضى له عن اقتضائه و تأثيره، لا مقتضيا لثبوته، و الّا يؤيّده لا انّه يزاحمه و يعانده.

لا يقال: مقتضى إطلاق مرسله جميل (۱)، سقوط الرد به، حيث انّ المبيع بسبب حدوث العيب، لا يكون قائماً بعينه. لأنه لو لم يكن منصرفا عن التّغيير المضمون على البائع المقتضى للأخبار، مثل ما كان به من العيب السابق. فلا بدّ من تقييده عقلا، بعد فرض كونه مقتضيا شرعا، لما عرفت، الّا ان يمنع عن ذلك و هو خلف.

لا يقال: كونه مقتضيا شرعا، انما يمنع عن كونه مانعا عقلا، لو كان الخيار العيب، لا لخيار أخر، فإنه مضافا الى انّه موجب له، إذ لا معنى له الّا ما كان ناشئا عن قبل العيب، يكفى فى ذلك اقتضائه لخيار أخر، لاشتراك لخيارات، فى التّخاير بين الرّد و الإمساك، و هو يقتضى ان يكون بين مقتضياتها جهه مشتركه، لما قرر فى محله، فى باب العله و المعلول. و اختلاف لخيارات فى الأحكام و الآثار، انما هو لاختلاف مقتضياتها فى الخصوصيات. فتدبر جيّدا.

قوله (قدس سره): (لكنه يندفع بان الظاهر من قيام العين بقائه بمعنى ان لا ينقص ماليته- إلخ-).

و ذلك لوضوح انّ هذا الشرط، انّما هو لرعايه بايع المعيب، و ان لا يرد اليه ما باعه ناقصا، و لا رعايه له مع الزّياده أصلا، كما لا يخفى.

قوله (قدس سره): (و الوجه المذكور فى التذكره (۲) قاصراً- إلخ-).

انّما كان قاصراً، إذا كان غرض العلّامه- قدس سره- إبداء الشّك

۱- وسائل الشيعه: ۱۲- ۳۶۳- ب ۱۶- ح ۳.

۲- تذكره الفقهاء: ۱- ۵۲۵.

بـذلك، و اما إذا كان غرضه إبـداء المانع عما يقتضـيه العيب السّابق، فلا، و عليه فلا يتوجّه على ما ذكره، الّا منع كونه مانعا لعدم نهوض برهان به، فافهم.

قوله (قدس سره): (فان النّقص الحاصل بالصّبغ (۱)، انما هو لتعلّق حق المشترى- إلخ-).

بـل انما هو لأجل التّغيير الحاصل به حسا، كالتغيّر الحاصل بالقطع، من دون ملاحظه ما حـدث به بـذلك، عن تعلّق حقّ المشترى أصلا، كما لا يخفى على من تأمّل.

قوله (قدس سره): (امّا الفرق بين إفراد النّقص الغير الموجب للأرش بين مغير العين حسّا- إلخ-).

بل لا محيص عنه، لـدخول المبيع مع النّقص الغير المغيّر فى الشـرطيّه الأولى، حيث يصـدق انّه قائم بعينه، و مع النّقص المغيّر فى الشرطيّه الثّانيه، يصدق انه ليس كذلك، بل تغيّر كما فى التغيّر بالقطع، كما أشرنا إليه فى الحاشيه السابقه.

قوله (قدس سره): (ثم مقتضى الأصل عدم الفرق فى سقوط الخيار بين بقاء العيب الحادث- إلخ-).

يمكن ان يقال هذا كذلك لو كان الشك فى الثبوت بعد السـقوط، و امّا إذا كان الشك فى أصل السـقوط، بمثله، لعدم نهوض ما فى التـذكره به، كما هو واضـح. و كـذلك المرسـله (۲) بـدعوى الاختصـاص بـالتّغير الباقى الى حين الرّد، لما أشـرنا إليه من اسـتظهار انّ اعتبار عدم التّغير فى الرّد، انما كان بمراعات البائع، و لا تفاوت أصلا بين ان لا يحدث فيه تغير، و ما إذا حدث و قد زال قبل الرّد، كما لا يخفى، فتأمل.

۱- و فى المصدر: فان النقص الحاصل بالصبغ و الخياطه انما هو لتعلق حق المشترى.

۲- وسائل الشيعه: ۱۲- ۳۶۲- ب ۱۶- ح ۱.

فأصـاله الثّبوت متّبعه، لو كـان خيـار العيب بعـد ظهوره، و إلّـا فأصاله اللزوم، لما مرّت إليه الإشاره، من ان المرجع هو مثل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (۱) لو كان الشک فی أصل ثبوت الخیار، أو فی بقائه، بعـد ثبوته من الابتداء. و اما إذا کان حدوثه فی الأثناء، فالمرجع هو استصحاب الخیار، فتدبر جیدا.

قوله (قدس سره): (لان عدم الجواز لحق البائع- إلخ-).

و بمراعـاته کمـا أشـرنا الیه، فاذا رضـی بالرّد مجبورا، أو غیر مجبور، فللمشتری التّخایر، و اختیار کل واحـد من الرّد، و الإمساک بالأرش، بماله الخیار، کما إذا لم یکن حدوث عیب أصلا، فلا یتوهم انّ الرّد مع الرضاء به، اقاله، کما لا یخفی. فتدبر جیدا.

قوله (قدس سره): (و الحادث مضمون بضمان إلیه- إلخ-).

بأن یکون العیب الحادث علی المشتری المالک، و خسـرانه علیه، بسبب کونه مالکا للمبیع، و حدوثه و زوال وصف الصّحه کان تحت یـده و استیلائه، لا بمعنی ما هو مضـمون «علی الیـد ما أخـذت- الحدیث- (۲)» حتی لا یکـاد یکون إلّا فی غیر المالک، فافهم.

[تنبیه أن من العیب المانع من الرد بالعیب القدیم تبعض الصفقه علی البائع]

قوله (قدس سره): (بل الظاهر المصرح به فی کلمات بعض، الإجماع علیه، لأن المردود و ان کان جزءا مشاعا- إلخ-).

و الإجمـاع ان تم، و الّـا فیمـا أفـاده إشـکال، و ذلـک لأنّ المستند فی المنع بـذلک عن الرّد بـالعین ان کـان هو دخول المعیب بـالتّبعیض فیمـا لا یکون قائمـاً بعینه، فلا یجوز ردّه، للمرسـله. ففیه منع دخوله فیه، و لو قلنـا بعـدم الاختصاص بالتغیّر الحسّـی و الشـمول لمثل نسـیان العبد للکتابه، و الدابّه للطحن، لوضوح انّه علی ما کان بلا تغییر. و تفریقه عما ضمّ الیه، و قد بیعا صـفقه، لا یوجب کونه غیر قـائم بعینه، و لو سـلّم، فإنّمـا هو یکون بالرّد، و المرسـله ظاهره فی کون المانع، ما کان قبله، کما لا یخفی. و ان کان هو کون التّبعیض ضررا، ففیه

۱- المائده: ۱.

۲- مستدرک الوسائل: ۳- ۱۴۵.

منع کون مجرد التّبعیض ضررا، ینفیه حدیث نفی الضرر (۱)، و لو سلّم، فأخبار (۲) جواز الرّد بالعیب ما دام قائماً بعینه و لم یحدث فیه شیئا فی شموله له، أظهر، فتدبّر.

هذا، مع ان الصبر علی المعیب ضرر، و لا یعارض بضرر التّبعض علی البائع، فإنّه یجی ء من قبل نفیه، و لا یعارض الضّرر بما یجی ء من قبل حکمه و نفیه، ضروره انّه لا یعمّه دلیل النفی، فافهم.

و قد انقدح بذلک ما فی کلامه (قده) «و هذا الضرر، و ان أمکن جبره بالخیار- إلخ-» من الخلل، فإنه ناش من قبل نفی الضّرر، فلا یعارض به ضرر صبر المشتری علی المعیب، و إلّا فلا یعارض بما ربّما یستتبعه من الخیار، من ضرر نقض غرض المشتری بإمساک الجزء الصحیح. ثم انّه لا دلاله علی المنع بالتّبعیض للنّص المانع عن الرّد بالخیاطه، و الصبغ أصلا، فإنه ظاهر فی تغیّر الحسّی، خصوصا بقرینه القطع.

و قد ظهر وجه انّه لا یمنع الرّد مع ذلک، إذا کان بالزیاده من بعض الحواشی السّابقه، مع انّه لو سلم شموله لمثل الشّرکه، فإنّما هو إذا کان قبل الرّد، لیمنع عنه، لا بسببه، کما أشرنا إلیه هیهنا، فلا تغفل.

قوله (قدس سره): (و اما لصدق المعیوب علی المجموع کما تقدم- إلخ-).

لا یخفی ان هذا لا یصلح وجها، الّا لکون محل الخیار، هو مجموع ما وقع علیه العقد، لا خصوص ما فیه العیب، بلا شبهه، و لا ریب.

قوله (قدس سره): (و منع سلطنه أولا أولی (۳)- إلخ-).

قد انقدح بما ذکرنا فی الحاشیه الّتی قبل الحاشیه السابقه، انّه لا وجه لمنع سلطنته علی الرّد، فضلا عن کونه اولی، و حدوث الخیار للبائع بذلک.

و سلطنته علی الفسخ المستتبع لرفع سلطنته علی إمساک الصحیح، لا یوجب

۱- وسائل الشیعه: ۱۷- ۳۴۱- ب ۱۲- ح ۳.

۲- وسائل الشیعه: ۱۲- أبواب أحکام العیوب.

۳- و فی المصدر: و منع سلطنته علی الرد أوّلا أولی.

كون منع السلطنه على الرّد الّتى تقتضيها القاعده أولى، كما لا يخفى.

قوله (قدس سره): (و كيف كان فمبنى المسأله على ما يظهر من كلام الشيخ (قدس سره) إلخ-).

و لا ينبغى لأحد أن يرتاب فى تعدده بتعدّده، و ان كان كل واحد من الإيجاب و القبول بلفظ واحد، و ذلك لوضوح ان العقد عباره عن اعتبار عقلائى يكون بين الاثنين، ناش منهما فيما قصد بهما التوسل و التّسبب الى حصول مضمونها، و ان تشخّص الاعتبارات، و الإضافات، انّما يكون بما هى قائمه، بمالها من الأطراف، فكيف يكون العقد الواقع بين البائع، واحد المشتريين، عين العقد الواقع بينه و بين الأخر، بمجرد وحده الإيجاب و القبول، مع كون الإيجاب لاثنين، و القبول من قبلهما. و هل يكون الّا كما إذا جمع فى الإيجاب و القبول، بين البيع و التزويج لواحد، أو لاثنين، فكما لا يوجب هذا الجمع و وحده القبول، كون عقد البيع و التّزويج واحدا، كذلك هيهنا. و تجرّد وحده المنشاء (۱)، لا توجب وحده المنشاء مع تعدد أطرافه.

و كيف كان فالأقوى فى المسأله، جواز الافتراق فى التّخاير، لإطلاق الاخبار و عمومها فى ثبوت الخيار لكلّ من اشترى معيبا. و دعوى انصراف الإطلاق الى غير المقام مجازفه، كيف و معه يلزم ان يبقى المقام بلا دليل أصلا، مع انه لو سلّم ذاك الانصراف، لا يضرّ بعموم بعض الأخبار، كما لا يخفى. و كون الرّد منفردا، نقصا، لو سلّم، لا يمنع عن الرّد، و انّما يمنع عنه ما كان قبله، لا ما كان بسببه، كما عرفت. و مثل هذا النّقص، لا يوجب صدق انّه ليس قائماً بعينه، مع انّه لو سلّم، لا يوجب شمول إطلاق الخبر له، لظهوره فيما ليس كذلك قبل الرّد. و من ذلك علم قوّه جواز الافتراق، و ان قيل بوحده العقد، إذ المدار على تعدد المشترى، لا العقد.

قوله (قدس سره): (فيه انه أخرجه غير مبعّض، و انّما يبعّض بالإخراج، و المقصود حصوله- إلخ-).

لا يخفى انه شبه مصادره، مع انّه لو كان كذلك، لا وجب عدم جواز

۱- المنشئ (خ. ل).

الافتراق فیما إذا باع الجزء المشاع بعقد، و الجزء الأخر بعقد مستقل أخر، لأنه أخرجه غیر مبعّض، و انما تبعّض- إلخ- و هذا کما تری. و من هنا ظهر انه لا وجه لمقایسه هذه المسأله مع المسأله الاولی، و ان کان الافتراق فیها، لا یخلو من بعد، کما عرفت.

[مسأله یسقط الأرش دون الرد فی موضعین]

[أحدهما إذا اشتری ربویا بجنسه]

قوله (قدس سره): (لکن یمکن ان یدّعی ان المستفاد- إلخ-).

أو یدعی ان المستفاد من أدله تحریم الربا، انّه کما لا یجوز الزّیاده فی الرّبویین من ابتداء البیع، کذلک لا یجوز فی حال استقراره، و لزومه، ضروره انّ الأرش یکون موجبا لان یکون قراره علی الزّیاده فی طرف المعیب، حیث کانت فی طرفه زیاده الأرش، جزاء کانت، أو غرامه، و یکون حال زیادته، کحال زیاده الشّرط فی طرف أحد الربویّین، فافهم.

[مسأله یسقط الرد و الأرش معا بأمور]

[أحدها العلم بالعیب قبل العقد]

قوله (قدس سره): (لان الخیار انما یثبت مع الجهل- إلخ-).

فیه من المصادره ما لا یخفی، و لعلّ وجه النّظر فی الاستدلال بمفهوم الصحیحه (۱)، هو ان عدم تبیین البائع العیب للمشتری، لا یستلزم جهله به، فافهم.

قوله (قدس سره): (فسد الشرط و أفسد لکونه مخالفا للشرع- إلخ-).

یمکن ان یقال: انه انّما یکون مخالفا للشّرع، إذا کان عمله بالعیب عله تامه لعدم الخیار، و امّا إذا لم یکن إلّا مقتضیا له، فلا، و یکون شرط الخیار به حینئذ، کشرط عدم الخیار به، مع الجهل، أو کشرط عدم خیار المجلس، أو الحیوان، أو غیرهما، و کما لا یکون شرط عدم الخیار فیها شرطا مخالفا للشّرع، کان شرط ثبوته هیهنا غیر مخالف له، و فیما لم یحرز ان ما یقتضی عدمه عله تامه، أو مقتضی نعامل معه معامله المقتضی، علی ما سیأتی ان شاء اللّه تعالی. هذا، و اما إذا شرط نفس الفسخ، أو الإمساک بالأرش، فیما إذا علم مقداره، فلا إشکال فی نفوذه، فلا تغفل.

۱- وسائل الشیعه: ۱۲- ۳۶۲- ب ۱۶- ح ۲.

[الثانی تبری البائع عن العیوب]

قوله (قدس سره): (أقول: المفروض ان الخیار لا یحدث الّا بسبب حدوث العیب- إلخ-).

فیکون التّبری أیضا مما لم یوجد بنفسه و لا سببه.

قلت: یمکن ان یقال، انّ الخیار حیث کان من أحکام العقد و آثاره، کان العقد مقتضیا له، غایه الأمر، بشرط حدوث العیب، أو قدمه، ضروره انّ حکم الشی ء من آثاره و مقتضیاته، فیدخل بذلک فیما وقع محل الإشکال و الخلاف و انّه هل یکفی فی صحّه الإسقاط ثبوت المقتضی، أو لا یکفی، کما مرت الإشاره الیه، و قد تقدم منه تقویه انّه یکفی، فراجع.

قوله (قدس سره): (و بالجمله فلا فرق بین البراءه من خیار العیب- إلخ-).

لا یخفی انه کلام مستأنف، لا دخل له بسابقه، و قد عرفت فی بعض الحواشی السابقه، انّ البراءه لا توجب الغرر، لو کان مرتفعا لولاها، بسبب أصاله السّلامه هیهنا، و الوصف هناک، أو بغیرهما، فتذکر.

قوله (قدس سره): (الأوّل عهده العیوب- إلخ-).

یمکن ان یقال انّ البراءه، مضافه الی نفس العیوب، لا الی عهدتها، و یکون البراءه ضدا لعهدتها، غایه الأمر یکون قضیّه التّضاد بینهما انتفاء الالتزام بالسّلامه، و تهدّها مع البراءه، لا رجوعها الیه، فمعها کأنّه باعه مع علم المشتری بعیبه، لا کأنّه باعه علی کلّ تقدیر، فان البیع کذلک مطلقا، و لو مع عدم البراءه، و الّا یلزم بطلانه فیما ظهر فیه العیب، بل مطلقا، فإنه بیع علی تقدیر غیر معلوم الوقوع، فافهم.

قوله (قدس سره): (و امّا سائر الأحکام [1]، فلا، فلو تلف بهذا العیب فی أیام خیار المشتری- إلخ-).

و الظاهر انّ مراده من عموم النّص، عموم قاعده التّلف فی زمن الخیار، ممن لا خیار له، و ذلک، ای عدم سقوط سائر الأحکام، لأن دلیل

۱- و فی المصدر: و اما سائر أحکامه.

التّبری، لم یدلّ الّا علی سقوط الخیار. و عموم أدلتها، أو إطلاقها یبقی سالما عن المخصّص أو المقیّد. نعم لم یکن لها عموم أو إطلاق یشمل صوره التبری، فالمرجع هو أصاله عدم ثبوتها معه، فتدبّر جیّدا.

[ثم إن هنا أمورا یظهر من بعض الأصحاب سقوط الرد و الأرش بها]

[منها زوال العیب قبل العلم به]

قوله (قدس سره): (لأنّ ظاهر الدّلاله الرد، خصوصا بملاحظه انّ الصّبر علی العیب ضرر، هو ردّ المعیوب- إلخ-).

بل ظاهرها ردّ ما کان به العیب، بل لو فرض کون الرّد فی الدلیل متعلّقا بالمعیوب، لم یکن ظاهرا فی خصوص ما هو المعیوب حال الرّد، لقوّه احتمال انّه بلحاظ حال تلبّه بالعیب، أخذ هذا عنوانا له، و لا یلزم مجاز، بناء علی کون المشتق حقیقه فی خصوص من تلبّس، و ان زال عنه العیب حین الرّد، کما لا یلزم فی مثل «وَ السّارِقُ وَ السّارِقَهُ فَاقْطَعُوا أَیْدِیَهُما» (۱) و «لا یَنالُ عَهْدِی الظّالِمِینَ» (۲) و ان لم یکن متلبّسا بالمبدء حال القطع و النیل، و ذلک لان الإطلاق یعمّ حال الزّوال، فاستصحاب الخیار بلا إشکال، ضروره ان العیب یعد عرفا من العوارض و الأحوال، لا من المقومات، فتأمل جیدا.

قوله (قدس سره): (و اما الأرش، فلما ثبت استحقاق المطالبه به، لفوات وصف الصحّه حال (۳) العقد، فقد استقرّ بالعقد- إلخ-).

لا یخفی اتحاد الرّد و الإمساک مع الأرش سببا و موضوعا، فلو کان العقد علی المعیب موجبا لاستقرار المطالبه بالأرش، لکان موجبا لاستحقاق الرّد، و ذلک لبداهه ان العقد لم یوجب خصوص الأرش، بل إنّما أوجبه لأجل أنه ضمیمه أحد طرفی الخیار، فکیف یکون العقد علی المعیب موجبا لاستقرار المطالبه، دون استقرار الاستحقاق. و ما ذکره من ظهور أدله الرّد، خصوصا بملاحظه انّ الصبر علی المعیب ضرر، لو سلّم، فهو بعینه جار فی الأرش، فالقول بالتّفصیل بین الأرش و الرّد، لا وجه له أصلا، کما ان القول بثبوتهما،

۱- المائده: ۳۸.

۲- البقره: ۱۲۴.

۳- و فی المصدر: لفوات وصف الصحه عند العقد.

كما كان فى غايه الوجاهه للإطلاق، و الاستصحاب، لو قيل باشتراط ظهور العيب، على ما مرّت الإشاره إليه غير مرّه.

[و منها التصرف بعد العلم بالعيب]

قوله (قدس سره): (و حيث لم يدلّ التّصرف عليه- إلخ-).

حيث انّ غـايته الـدّلاله على الرّضا بالبيع، و إمساك المبيع، و هو أعمّ من إمساكه بالأرش، أو مع إسـقاطه. نعم لو جعل التّصـرف كاشـفا عن إسـقاط الخيـار، لاـ التّخاير، و اختيار أحـد طرفيه، كما هو لازم ما بنى عليه فى بيان حقيقه الخيار، من انّه ملك فسـخ العقد، و عدمه، لكان التّصرف موجبا لسقوط الأرش أيضا. فتأمل جيدا.

[و منها التصرف فى المعيب الذى لم ينقص قيمته بالعيب]

قوله (قدس سره): (و النّص الدالّ على اشتراط الردّ بقيام العين- إلخ-).

فيه، مع منع الاختصـاص، انه لو سـلّم، فلاـ يكون دليل على ثبوت الخيار فيه بالخصوص، إلّا أصاله جواز الرّد الثابت قبل حـدوث العيب، فلاـ بـد منهـا فى إثبـات جواز الرّد، فلا يكون هـذه اضافه كما جعلها، كما لا يخفى، مع انها لا يجرى إلّا بناء على اشتراط ظهور العيب. و دليل نفى الضرر، لا يعمّه، لأجل معارضه ضرره بضرر البائع بالفسخ، فافهم.

[و منها ثبوت أحد مانعى الرد فى المعيب الذى لا يجوز أخذ الأرش فيه]

قوله (قدس سره): (و الأول أولى- إلخ-).

بـل الثانى، و ذلک لأن الأوّل يسـتلزم إمّا الالتزام باختلاف البيوع بحسب قصـد المتبايعين، و كون صـحه المبيع مما يجعل مقابلا بالمال فى غير الربويّين، و لا يجعل مقابلا به فيهما، أو الالتزام بلزوم الرّبا فى بيع أحـد الربويّين بالآخر مع عيب أحـدهما، فيما إذا لم يكن المعيب زائـدا على الصـحيح، ليقع الزّياده بإزاء الصّحه فى الأخر، و لا يكاد يلتزم بأحـدهما أحد، ضـروره عدم اختلاف البيوع، و بطلان بيع الربويّين، مع زياده أحدهما و لو فى طرف المعيب.

و هـذا بخلاف الثانى، فإنّه لا بعـد فى التزام تمشـى الرّبا فى الفسـخ مع الأرش، فإنّه و ان كان ليس ببيع و لا عقد، بل حلّ البيع و العقـد اعتبـارا، الّا انّه فى الحقيقه تمليک بالعوض. هـذا، مع انّه ظاهر كلام العلامّه، بل صـريحه، فى مسأله ما إذا كان المبيع آنيه من ذهب أو فضه، حيث قال

(قدس سره): فان حدث عند المشترى عيب أخر، لم يكن له الأرش، لما تقدم، و لا الرّد مجانا، إذ لا يجبر البائع على الضّرر، و لا الرّد مع الأرش، لاشتماله على الرّبا، لان المردود حينئذ يزيد على وزن الانيه.

قوله (قدس سره): (فاذا فرض ان صفه الصحه لا يقابل بجزء من المال فى عقد المعاوضه الربويّه، فيكون تلفها فى يد المشترى- إلخ-).

لا يخفى انّ صفه الصّحه، و ان كانت كسائر الأوصاف، لا يقابل بالمال فى عقد المعاوضه مطلقا، لما تقدم منه الاعتراف، و ان كانت موجبه لبذل الزّياده بإزاء المتّصف بها، الّا انها من بين الأوصاف يضمن و يغرم، فكما ان المشترى انّما يكون ضامنا للمبيع لو تلف، لأجل تقدير رجوعه الى ملك البائع، و ان كان تلفه فى ملك المشترى، فكذلك وصف صحته.

و بالجمله انّما كان ضمانها، و لزوم الغرامه لها، لأجل كونها شرعا و عرفا يقوم بالمال، كالموصوف بها، لا لكونها يقابل بإزاء شى ء من الثمن فى البيع، فيكون تلفها هيهنا بعد تقدير الرجوع و تنزيله منزلته، كتلفها فى المقبوض بالسّوم، فى أنّها تالفه فى ملك مالكها، فيضمنها المشترى القابض، غايه الأمر تقديرا، و تنزيلا هيهنا، و حقيقه هناك. و لا محيص عن هذا التّقدير، و الّا لا يعقل ضمان الإنسان، و الغرامه لما له، و قد بيّنا مفصلا فى بعض الحواشى المتقدمه، انّه لا يصح الانتقال الى البدل بعد الفسخ، الّا بالتقدير، فراجع.

قوله (قدس سره): (و لا يقدر فى ملك البائع، إلّا بعد رجوع مقابله من الثمن إلى المشترى و المفروض- إلخ-).

يكفى فى تقدير كون تلفها فى ملك البائع، رجوع ما يقابل الصحيح من الثمن إلى المشترى، كما فى غير الربويّين، حيث انّها فيه أيضا لا يقابل بإزاء شى ء من الثمن، كما عرفت، و اعترف به (قدس سره)، فتأمل جيدا.

قوله (قدس سره): (و لعلّه لأن التأخير دليل الرضاء و يردّه- إلخ-).

بل لأن خيار العيب عنده على الفور، فإذا تراخى فى التخاير، و اختار الرّد، أو الإمساك بالأرش، سقط الخيار بكلا طرفيه، بانتهاء أمده

و استعداده. اللّهم الّا ان يجعل الأرش ضميمه أحد طرفيه، بل أمر ثبت مع عدم الرّد، و لو بدون اختياره، لكنّه لم ينهض عليه دليل، فافهم.

قوله (قدس سره): (و التحقيق رجوع المسأله إلى اعتبار الاستصحاب- إلخ-).

و قد عرفت غير مرّه، اعتباره بناء على كون ظهور العيب شرطا، و عدم اعتباره بناء على كونه كشفا عن ثبوته من الأوّل.

[مسأله من باع شيئا فيه عيب لم يبينه فعل محظورا و كان المشترى بالخيار]

قوله (قدس سره): (ان كتمان العيب الخفى، و هو الذى لا يظهر بمجرد الاختبار المتعارف قبل البيع، غش- إلخ-).

كون كتمانه بمجرد عدم إظهاره، مع كون اعتماد المشترى انّما كان بأصاله الصّحه و السّلامه فى اشترائه غشا، ممنوع، غايته انّه ما نصحه، لا انّه غشّه. نعم لو سأله عن حاله و لم يبيّن له ما فيه، أو أخفى ما فيه مما يظهر بمجرد الاختبار المتعارف من العيب، لو لا إحقائه، كان غشا.

و بالجمله، الغش و ان كان خلاف النّصح، إلّا أنهما مما لهما الثالث، فليس فى كل ما لا يكون هناك أحدهما، ان يكون الأخر، فتدبر جيدا.

[مسائل فى اختلاف المتبايعين]

[أما الأول فى موجب الخيار]

[الثالثه لو اختلفا فى حدوث العيب فى ضمان البائع أو تأخره عن ذلک]

اشاره

قوله (قدس سره): (و لعلّه لأصاله عدم تسليم البائع العين إلى المشترى- إلخ-).

لا يخفى ما فى هذه الأصول، من عدم ترتّب الخيار شرعا على عدم التّسليم، و استحقاق، تمام الثّمن بمجرد العقد، و لو فى العقد على المعيب، إلّا إذا قيل بمقابله وصف الصّحه بجزء من الثمن، و حدوث العقد من رأس لازما أو غير لازم، فلا حاله سابقه له يستصحب، بل قضيه استصحاب بقاء ملك البائع للثمن بعد الفسخ، لزومه، فلعلّه لأصاله عدم العقد الى حين حدوث العيب، و انه يثبت وقوع العقد على المعيب، بناء على اعتبار الأصل المثبت لدى ابن الجنيد، فتدبر جيّدا.

قوله (قدس سره): (كما يحلف على طهاره المبيع- إلخ-).

فى جواز حلفه على الطّهاره، استنادا الى الأصل، و الإكتفاء به فى رفع الخصومه أيضا، تأمّل، فيما إذا ادعى النّجاسه واقعا، خصوصا مع

الاعتراف بعدم علم البائع به، بل منع. نعم لو صح منه دعوى فعليه نجاسته عليه، جاز حلفه على الطهاره، استنادا إليه، فتأمل.

قوله (قدس سره): (نعم لو أريد سقوط الدّعوى الى ان يقوم البيّنه، فله وجه- إلخ-).

لا وجه لسقوط الدّعوى به الى قيام البيّنه أصلا، حيث لم يدلّ على تشرعه لذلك، كما لا يخفى، و انّما شرع فيما يذهب به حق الدّعوى، و يسقط به الدّعوى رأسا، و ان كان المدعى ثابتا واقعا، و يقدر على إثباته بإقامه البيّنه فيما بعد، فتدبر جيّدا.

[فرع لو باع الوكيل فوجد به المشترى عيبا يوجب الرد رده على الموكل]

قوله (قدس سره): (فهل للوكيل ردّها الى الموكّل أم لا، و جهان- إلخ-).

أوجههما عدم جواز الردّ، الّا فيما علم بصدق المشترى، و ذلك لعدم نهوض دليل على كون اليمين المردوده، كالبيّنه فى إثبات الواقع، بترتيب جميع آثاره عليه، و ان لم ينهض دليل أيضا على قيامها مقام الإقرار، بحيث رتّب عليها ما له من الآثار، بل لم ينهض الّا على ثبوت المدّعى به على المنكر.

هذا، مضافا الى ما أفاده فى جامع المقاصد، فافهم.

[الرابعه لو رد سلعه بالعيب فأنكر البائع أنها سلعته قدم قول البائع]

قوله (قدس سره): (و أصاله عدم كونها سلعته- إلخ-).

لا يخفى انه ليس لها حاله سابقه أصلا، بداهه أنّها إمّا سلعته من رأس، أو ليس بتلك كذلك. نعم هناك أصاله عدم ردّ سلعته بردّها، و عدم وقوع العقد عليها، فلا تغفل.

[و أما الثانى و هو الاختلاف فى المسقط]

[الثالثه لو كان عيب مشاهد غير المتفق عليه فادعى البائع حدوثه عند المشترى و المشترى سبقه]

قوله (قدس سره): (و امّا هنا فلا يرجع الى ثبوت المسقط بل المسقط- إلخ-).

هذا إذا كان مصبّ الدعوى، سقوط الخيار و عدمه. و امّا إذا كان مصبّها مقدار الأرش، و انّه ما به التفاوت بين الصّحيح و المعيب، لعيب واحد، أو لعيبين، فأصاله عدم التقدم راجع الى عدم سبب زياده الأرش، عما هو معلوم، فيحلف البائع، كالعيب المنفرد، فافهم.

[الرابعه لو اختلف فی البراءه قدم منکرها فیثبت الخیار]

قوله (قدس سره): (و فی کلّ منهما نظر- إلخ-).

أما وجه النظر فیما عن المحقّق، فلعدم قدح الضّعف، و الکتابه فی الحجیّه، مع الوثوق بها، و لا مخالفه لها للقاعده، لما نشیر الیه من کون دعوی المشتری، مخالفه للظاهر فیکون مدعیا و امّا فیما عن الکفایه، فلعدم الإشاره فی المکاتبه إلی القاعده أصلا. و مجرد الحکم بکون الثمن علی المشتری فیها، و انه مدعی، کما أشیر إلیه، لا یقتضی ثبوت القاعده بوجه، کما لا یخفی.

قوله (قدس سره): (إمّا بالتزام کفایه تقدّم الشرط علی العقد- إلخ-).

و إمّا لکون البراءه قبل العقد، قرینه علی عدم تعهد الصّحه و السّلامه فی العقد، و بدونه لا وجه لضمانه لها، و هذا أحسن مما تفصّی به عن الإشکال، فتفطّن.

قوله (قدس سره): (لأنّه الموجب لسقوط الخیار- إلخ-).

فیکون الحلف علی نفی العلم هیهنا فی الحقیقه علی البت، فإنه الموضوع الواقعی لا البراءه، و عدمها واقعا، کی یکون الحلف علی عدم العلم بها علی نفی العلم بما هو الموضوع، فلا تغفل.

[و أما الثالث و هو الاختلاف فی الفسخ]

[الأولی لو اختلفا فی الفسخ]

قوله (قدس سره): (و لعله لما اشتهر من ان من ملک- إلخ-).

بل لأنّ الأخبار بفسخه یلزم التزامه به عرفا، فیکون کتصرفه الکاشف من عدم الالتزام بالبیع و فسخه، هذا و لو لم نقل بهذه القاعده.

و بالجمله یکون حال هذا الإقرار فی کونه فسخا حال کون إنکار الزّوج فی العدّه للطلاق رجوعا، فکما لا یکون هذا لأجل تلک القاعده، لا یکون ذاک لأجلها، کما لا یخفی.

قوله (قدس سره): (و یبقی قدر الأرش مستحقّا علی التّقدیرین- إلخ-).

هذا فیما دار الأمر بین فسخ العقد، و الإمساک بالأرش، و لم یکن هناک احتمال إسقاط الخیار، و إلّا فلا یعلم استحقاق الأرش، و لم یکن إنکار البائع، فسخ المشتری، اعترافا باستحقاقه الأرش، کما هو واضح.

[الثانيه لو اختلفا فى تأخر الفسخ عن أول الوقت]

قوله (قدس سره): (أو مدّعى عدمه لأصاله صحه الفسخ- إلخ-).

لا يقال: لا مجال لأصاله الصّحه فى إحراز تأثير الفسخ، فان صحّته

التأهليّه، لا يقتضـى ذلک، و صـحّته الفعليّه، و ان كانت مقتضيه، الّا انّها لا تثبت بأصالتها، كما أنّ أصاله صحّه العقد فى الصّرف، لا يقتضى حصول القبض المعتبر فى صحّته و تأثيره.

لأنّا نقول: هذا فيما إذا كان وقوعه فى أوّل الزّمان شـرطا فى حصول الأثر، و قد اعتبر فى حصوله، كما اعتبر أصل الفسخ، كالعقد و القبض فى الصّرف، لا فيما إذا انتزع من الخصوصيّات المأخوذه فى نفس الفسخ، كالقرينه المعتبره مثلا فى العقد، فإنّه لا شبهه فى انّ أصاله الصّحه مجديه عند الشک فيها، كما لا يخفى.

[الثالثه لو ادعى المشترى الجهل بالخيار أو بفوريته]

قوله (قدس سره): (يسمع (۱) قوله ان احتمل فى حقّه الجهل، للأصل- إلخ-).

إنّما يسـمع قوله مع احتمال الجهل فى حقه، لو قيل بسـماعه مع العلم بجهله، و هـذا لو قيل مع الجهل بالخيار، بـدعوى اختصاص دليـل الفوريه، بصوره العلم بالخيـار، لا وجه للقول به مع الجهل بالفوريّه لعـدم إمكان اختصاص الفوريّه بصوره العلم بها، بـداهه استحاله تقييد الحكم بالعلم، أو الجهل به، كما لا يخفى على من له أدنى تأمل، فتأمل.

[القول فى ماهيه العيب]

قوله (قدس سره): (اما العيب فالظاهر من اللغه و العرف- إلخ-).

لا يخفى ان العيب يكون من المفاهيم الواضـحه عرفا و لغه. و التّشـكيک فى بعض مصاديقه، غير ضائر، فإنّه لا يكاد يخلو عنه ما هو أوضح المفاهيم.

و اختلاـف العبـادات فى تعريفهـا، انّما يكون لأجل انّهم فى مقام شـرح الاسم، لا فى بيان الحـدّ أو الرّسم، فلا وجه للنّقض عليها طردا، أو عكسـا، و مع ذلـک فالأـولى ان يقـال: انّه النّقض عمّ‌ا يقتضـيه أصـل المـاهيّه بما يرغب فى وجوده نوعا، أو الزياده بما ترغب عنه كـذلک، و ان كـان ممـا يرغب فيه أحيانـا، أو يرغب فيه خصوص طـائفه، لتعلّق غرضـهم به، كالخصـا فى العبيـد، فلا يكون عدم نبات الشعر على ظهار الإماء، و لا الثّيبوبيّه فيها عيبا، و يكون خصاء

۱- و فى المصدر: سمع قوله.

عیبا، و ان کان یوجب زیاده بذل المال، فإنّه ممّا یرغب عند الغالب. و انّما الرّاغب فیه القلیل، کالسّلاطین، و بعض الأمراء، و الخوانین، لبعض أغراض صحیحه، کالاطمینان من الخیانه بالإعراض، أو أغراض فاسده، کما تقدم من بعض.

و قد ظهر بذلک ان الحمل فی الإماء یکون عیبا، دون سائر الحیوانات، فإنّه مما یرغب عنه فی الإماء و یرغب فیه نوعا فیها، کما لا یخفی.

و قد ظهر أیضا حال سائر ما ذکر فی المقام من العیوب، و ما وقع من النّقض و الإبرام، فلا ینبغی التّعرض للکلام فی کل واحد علی حده، فتدبر جیّدا.

[القول فی الأرش]

اشاره

قوله (قدس سره): (الّا ان التأمل فیها قاضٍ بخلافه- إلخ-).

فإن قوله (علیه الصلاه و السلام) فی الصحیح (۱) «و یرد علیه بقدر ما ینقص من ذلک الداء و العیب من ثمن ذلک» لو لم یکن به ظاهر فی ان المردود بعض الثمن، و کذلک ظاهر التشقیق فی مرسله جمیل (۲). و المقابله انّ الرّجوع فی الشّق الثانی، لیس بتمام الثّمن الذی یرجع إلیه فی الشّق الأوّل، بل ببعضه، فافهم.

قوله (قدس سره): (لکن له دخل (۳) فی وجود مقدار من الثمن- إلخ-).

لا یخفی انّ غیر واحد من الأوصاف کذلک، ای له مدخل فی وجود مقدار من الثمن، مع ان تعهدّه لا یوجب شیئا غیر الخیار، فلا أوثق من ان یقال: ان الأرش غرامه تعبدیّه، لیس من باب ضمان المعاوضه، و لا من قبیل ضمان الید، فالمتبع فی تعیینه ما هو قضیّه دلیل ثبوته من النّص و الإجماع، فافهم.

قوله (قدس سره): (لأصاله عدم تسلّط المشتری علی شی ء من الثمن- إلخ-).

لا یخفی انّه لا مجال لهذا الأصل، إلّا إذا لم یکن هناک الّا التّکلیف،

۱- وسائل الشیعه: ۱۲- ۳۶۲- ب ۱۶- ح ۲.

۲- وسائل الشیعه: ۱۲- ۳۶۳- ب ۱۶- ح ۳.

۳- و فی المصدر: لکن له مدخل فی وجود.

و قد شك فيه، و لم يحدث بسبب العيب حق للمشترى على البائع، يجب الخروج عن عهدته، و الّا فقضيّه أصاله عدم الخروج من العهده، وجوب دفع ما يخرج بدفعه عنها يقينا، كما لا يخفى. و لا شبهه ان الحادث بسببه حق، يسقط بالإسقاط، لا مجرّد تكليف، و الّا لم يكد يسقط به، فتأمل.

قوله (قدس سره): (لأنّهما الأصل فى ضمان المضمونات- إلخ-).

و ذلك حيث كان النقدان مما يقدر و يعين به ماليّه الأموال، و كان غيرهما يحدّد مقدار ماليّته بالمقايسه معهما، كانا فى نفسهما قيمه المضمونات القيميّه، فلا بد ان يكون الضمان بهما، عند إطلاق الضمان بالقيمه فى القيميّات، و هكذا الغرامه، عند إطلاق دليلها بتفاوت القيمه، كما فى هذا الباب، و باب ديات الجنايات، و كونهما كذلك أصلا فى باب الصمانات، و غرامه النقصانات، و ديه الجنابات، بمعنى انه لا بد منهما عند المخاصمه و اللجاج لا ينافى كون الأرش فى هذا الباب، و التّدارك فى غير هذا الباب من غير النقدين مع التّراضى به ابتداء نفس الأرش و التدارك، لا عوضا عنه. و انّما يصح ان يكون عوضا عما هو عليه فيما إذا استقر أحدهما فى الذّمه، كما يكون وفاء، لا فيما يستقر فيها، كما فى المقام، على ما اعترف به- قدس سره- من انّه حق لو أعمله جاز له المطالبه بالمال، فإنه لا يكون الّا وفاء. نعم له الصّلح عن حقه بمال، فيسقط.

قوله (قدس سره): (فاستشكل ذلك بان الحقوق الماليّه، انّما يرجع فيها الى النقدين- إلخ-).

لا يخفى ان العلامه، أعلى اللّه مقامه، لا يكون بصدد بيان تعيّن النّقدين، للأرش و عدم تعيّنهما، بل انّما هو بصدد بيان مطلب آخر، و هو ان الأرش فى معامله النقدين بعد التّفرق، لا يجوز ان يكون منهما، و الّا لزم بطلان معامله الصّرف بالإضافه إليه، لأجل التّفرق قبل قبضه، فإنّه من تتمه الثمن، أو المثمن، بخلاف ما إذا كان من غيرهما، فان البيع بالنسبه إليه، ليس بصرف، فلا يكون التصرف قبل قبضه، بضائر، فلا مجال لما وجه عليه المحقق

من الإشكال، و لا حاجه فى دفعه الى ما افاده- قدس سره- و ان كان مما يحتاج اليه تتميما لما أفاده العلامه- قدس سره-، حيث لا يكاد يتم، إلّا إذا كان ما تراضيا عليه من غير النّقدين أرشا، لا عوضا عنه، فافهم.

و اما لو كان العلامه أعلى اللّه مقامه، بصدد بيان عدم تعيّن الأرش منهما، فما وجهه عليه المحقق فى محله، و لا يندفع بما افاده- قدس سره- فتأمل جيدا.

قوله (قدس سره): (لأن المعيب ان لم يكن مما يتمول و يبذل فى مقابله شى ء من المال، بطل بيعه، و الّا فلا بد من ان يبقى له من الثمن قسط- إلخ-).

لا يخفى انّه انّما يتم، فيما إذا كان العيب نقصا فى نفس المعيب يوجب تاره خروجه عن الماليّه، و ان يبذل بإزائه المال، و اخرى نقصانه بحسبها، مع بقائه عليها، لا- فيما لم يكن كذلك، بل كان حقا تعلّق به للغبن، كحقّ الجنايه، ضروره ان الجنايه، و لو استوعب القيمه، لا- يوجب سقوط الجانى عن الماليه، فإنّه مما يبذل بإزائه المال على كلّ حال فكه المولى بالفداء أولا، بل استرقه المجنى عليه، كما لا- يخفى، فلا- وجه لبطلان بيعه فيما إذا استوعب ما رجع به المشترى الى البائع من الأرش ثمنه، بعد رجوع المجنى عليه اليه، كما يأتى فيما حكاه عن العلامه- قدس سره- فى القواعد و التّذكره.

و بالجمله لا- وجه لبطلان البيع مع استيعاب الأرش للقيمه، إلّا السّقوط عن الماليّه بذلك، و هو غير لازم، الّا فى بعض الأموال، ليكون استغراق الأرش للثمن معقولا فى بعض الأحوال، كما عرفت، فتأمل جيّدا.

قوله (قدس سره): (و كيف كان فالعبد المتعلق برقبته حق للمجنى عليه يستوعب قيمته، اما يكون له قيمه- إلخ-).

قد عرفت ان عيب تعلق حق الجنايه برقبته، لا يوجب خروجه عن الماليه، و لو كان مستوعبا للقيمه، فلا مجال لتشقيقه بما ذكره (قدس سره) مع ما فى الشق الأول من عدم بقاء شى ء له، فيما إذا استوعب حقّ الجنايه للثمن، فيرجع الى البائع حينئذ بتمامه.

[مسأله يعرف الأرش بمعرفه قيمتى الصحيح و المعيب ليعرف التفاوت بينهما]

قوله (قدس سره): (و يلزم من طرح القول العادل الواحد، و الأخذ بالأقل، لأصاله برأيه ذمّه البائع تضييع حقّ المشترى- إلخ-).

لو سلّم تضييعه من ذلک کثيرا لما کان موجبا لحجيّه خبر الواحد، إلّا إذا علم انّه مخالف لغرض الشارع، بحيث لو لم يجعل خبر الواحد حجه لئلا يبقى مجال لأصاله براءه ذمه البائع عقلا و نقلا لأخلّ بغرضه، و من أين تعلم مخالفته لغرضه.

قوله (قدس سره): (ففى کفايه الظّن أو الأخذ بالأقل، و جهان- إلخ-).

و الوجيه هو الأخذ بالأقل، للأصل. و اما وجه ضعف احتمال الأخذ بالأکثر، فهو ان ضمان العيب لا معنى له، الّا وجوب الأرش على البائع تعبّدا، من دون ان يکون هناک ضمان حقيقه.

[مسأله لو تعارض المقومون فيحتمل تقديم بينه الأقل و بينه الأكثر و القرعه]

قوله (قدس سره): (لان کلا منهما حجه شرعيه، فإذا تعذر العمل بهما (۱) فى تمام مضمونه، وجب العمل به- إلخ-).

وجوب العمل بکل منهما کذلک، لا دليل عليه، بعد عدم مساعده دليل الاعتبار، على اعتبارهما، مع تعارضهما، و تکافوئهما، الّا على اعتبار أحدهما بلا عنوان، بناء على حجيّه البيّنه على الطريقيّه، و تخييرا، بناء على اعتبارها من باب السببيّه، على ما حققناه فى محله. اللّهم الّا ان يدعى قيام الإجماع على الجمع کذلک، و الّا فلا اعتبار فيما ذکره، فإنّه مجرّد اعتبار، لو لم نقل بمساعدته على اعتبار أحدهما فى تمام مضمونه، لا بکلّ منهما فى بعضه، و ان الموافقه الاحتماليّه فى الحقوق أيضا، يکون اولى من المخالفه القطعيّه. و انّما يکون الجمع اولى فيما إذا تزاحم الحقوق الثابته، لا فيما تعارض طرق إثباتها فتأمل.

نعم يکون الاحتمال الثالث المخالف لکل من البينتين، منفيا بأحدهما، بلا عنوان، أو بأحدهما تخييرا. فتأمل.

۱- و فى المصدر: لان کلا منهما حجه شرعيه يلزم العمل به فاذا تعذر العمل بهما.

قوله (قدس سره): (لأن المأمور به، هو العمل بكل من الدّليلين، لا بالواقع المردد بينهما- إلخ-).

كى يعين بالقرعه. نعم لا بـد من القرعه بناء على حجيّه إحدى البينتين بلا عنوان، لو قيل بها فى تعيين المردد، و عدم اختصاصـها بتعيين المجهول، كما لو قيل بصحه طلاق احدى الزّوجتين، و عتق أحد العبدين، و تعيين المطلقه، و المعتق بها.

قوله (قدس سره): (لأنه إذا فرض لكل نصف من المبيع، قيمه، تغاير قيمه النصف الأخر، وجب ملاحظه- إلخ-).

بيانه انه لما كان اللازم أخذ الأرش بحسب التفاوت بين قيمتى الصّحيح و المعيب، و كان قضيّه قاعده الجمع، تصديق كل مقوّم فى نصف التفـاوت بحسب تقويمه بين القيمتين، إذا كـان التّعـارض بين الطّرفين، و ثلاثه، إذا كان بين الأطراف الثلاثه، و هكـذا كان اللازم أخذ بمقدار التفاوت بين كل قيمتين، من الطرفين المتعارضين، أو الأطراف، و الجمع بالتصديق فى النصف أو الثلث، حسب اختلاف الأطراف.

[القول فى الشروط التى يقع عليها العقد و شروط صحتها و ما يترتب على صحيحها و فاسدها]

اشاره

قوله (قدس سره): (و ظاهره كون استعماله فى الالتزام الابتدائى، مجازا- إلخ-).

هذا لو لم يكن تفاسير أهل اللّغه من قبيل شـرح الاسم الذى صحّ بالأعمّ و الأخصّ، و لا يبعد ان يكون التّقييد لأجل كون أغلب أفراد الشـرط ضـمنيه، مع قوّه احتمـال كونه فى حكـايه بيع بريره (۱)، و فى قـول أمير المؤمنين (عليه الصـلاه و السـلام) مجـازا، للمشاكله من قبيل «فَمَنِ اعْتَـدىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ- الآيه-» (۲) و فى مثل ما الشـرط فى الحيوان، يمكن دعوى عدم استعماله، إلّا فى الضّمنى، فافهم.

و إطلاق الشرط بمعنى الالتزام، لا يكاد يصح على البيع الذى هو تمليك

۱- التاج الجامع للأصول: ۲- ۲۰۲.

۲- البقره: ۱۱۴.

العين بـالعوض، فـإنه بهـذا المعنى لاـ بـدّ من التّعلق بـأمر، بخلاف البيع، كما يظهر لمن تـدبّر، فلو أطلق عليه، فهو لا محاله يكون بمعنى أخر، فتأمل جيّدا.

قوله (قدس سره): (و اما بمعنى جعل الشى ء شرطا بالمعنى الثانى- إلخ-).

هذا لو قيل ببطلان البيع عند تخلّف الشرط و عدم تحقق ما شرط.

و اما لو لم نقل به، فلا مجال لهذا المعنى، كما لا يخفى.

[الكلام فى شروط صحه الشرط]

[أحدها أن يكون داخلا تحت قدره المكلف]

قوله (قدس سره): (لانّ تحقق هذا الشرط بضرب من الاتفاق، و لا يناط بإراده المشروط عليه، فيلزم الغرر- إلخ-).

لا يخفى ارتفاع الغرر فيما إذا علما أو اطمئنّا بتحققه، فلا وجه لان يكون لزومه وجها لاعتبار هـذا الشـرط. هذا، مع صـحه النقض بما إذا اشترط وصـفا حاليا لا يعلم تحققه فى المبيع، و عدم صحه ما ذكره- قدس سره- من الفرق، لعدم الوثوق بتحقق الإجماع، و لو مع فرض الاتفـاق، كيف، و مع الخلاـف لاحتمـال ان يكون اتفاقه من جهه توهم الفرق بينهما بما ذكره من ان التزام، وجود الصفه فى الحال، بناء على وجود الوصف الحالى (إلى أخر ما ذكره قدس سره)، مع عدم صحته، فان الالتزام بوجودها فى الحال، كمـا كـان بنـاء على وجود الوصف الحالى، كان الالتزام به فى الاسـتقبال، بناء على وجود الوصف الاسـتقبالى أيضا، ضـروره ان البناء، قضيه الالتزام، و هو فيهما سواء.

اللهم إلّا ان يقـال: ان الأـمر الاسـتقبالى، لمـا كـان متوغلاـ فى الإمكـان و خارجـا عن تحت الاختيار، لم يكـد يصـح التزامه عند العقلاـء، بل كان لغوا غير مؤثر أصـلا، بخلاف الحالى، فإنه و ان كان خارجا عن تحت الاختيار، إلا انّه لما قـد خرج عن حـدود الإمكان إلى الإيجاب أو الامتناع، صحّ الالتزام بوجوده، أو عدمه عندهم، فافهم.

قوله (قدس سره): (و يمكن توجيه كلام الشيخ- إلخ-).

قـد عرفت بما ذكرنا فى الحاشـيه السابقه، انه لا داعى إلى توجيه كلامه بـذلك، مع انه غير مجد فى رفع الخلاف بمجرد احتماله لذلک، مع ظهوره فى خلافه، فتدبّر جيّدا.

قوله (قدس سره): (الا ان يحمل على صوره الوثوق بالاشتراء- إلخ-).

لا يخفى انه لا يخرج بالوثوق به عن الاستقبالى، و لا يدخل تحت القدره و الاختيار، و كون الإيجاب اختياريا، انما يجدى إذا كان جزئه الأخر للسبب، و العله التّامه محققا سابقا، و الّا لا يخرج عن الاستقبالى الخارج عن تحت الاختيار، فتأمل جيّدا.

[الثالث ان يكون ممّا فيه غرض معتدّ به عند العقلاء]

قوله (قدس سره): (الثالث ان يكون ممّا فيه غرض معتدّ به عند العقلاء- إلخ-).

لا- يبعد ان يكون هذا ممّا لا بد منه فى تحقق الاشتراط عقلا، لا من شروط نفوذه شرعا، كيف و الّا فلا دليل على اعتباره، بل عموم «المؤمنون- الحديث-» (۱) دليل على عدم اعتباره.

قوله (قدس سره): (و من ان الإسلام يعلو و يعلى عليه (۲)- إلخ-).

فيه مضافا الى منع كون اشتراطه موجبا لأن يعلى على الإسلام، انّه لو سلم و قدم على العموم، كان عدم نفوذه تعبّدا لأجل هذه القاعده، لا لأجل كون الشرط مما لا يتعلق به غرض العقلاء نوعا و شخصا، فافهم.

[الرابع أن لا يكون مخالفا للكتاب و السنه]

قوله (قدس سره): (مما لا يرتاب فى ضعفه- إلخ-).

لإباء مثل هذا العموم عن التّخصيص، و بعد نفوذ الشرط المخالف للكتاب شرعا إلى الغايه.

قوله (قدس سره): (ثم الظاهر انّ المراد بكتاب اللّه هو ما كتب اللّه على عباده- إلخ-).

و لا- يخفى ان الظاهر من لفظ كتاب اللّه، هو القرآن، و اشتراط الولاء للبائع فى النبوى (۳)، انّما جعل مما ليس فى كتاب اللّه، و هو كذلك، لا مخالفا له، حتى صار قرينه على اراده هذا المعنى منه، مع انه لو جعل مخالفا، لأمكن

۱- مستدرک الوسائل: ۲- ۴۷۳.

۲- وسائل الشیعه: ۱۷- ۳۷۶- ب ۱- ح ۱۱.

۳- سنن ابن ماجه- ج ۲- ۸۴۲- الرقم ۲۵۲۱

ان يقـال: انه لاـ محاله يكون حكم الولاء فى الكتاب، حيث «لَا رَطْبٍ وَ لَا يَابِسٍ إِلَّا فِى كِتَابٍ مُبِينٍ» (۱) و ان كنا لا نفهمه منه، و هو (صلّى اللّه عليه و آله و سلم) يفهم. فافهم.

قوله (قدس سره): (و لا يبعد ان يراد بالموافقه، عدم المخالفه، نظرا إلى موافقه- إلخ-).

و عليه لا حاجه الى إرجاع الموافقه الى عـدم المخالفه، كما لا يخفى. و انما الحاجه إليه، فيما إذا كان مـدار المخالفه و الموافقه، غير مثـل هـذه العمومـات، و عليه لاـ يبعـد الإرجاع نظرا الى ما يظهر من مجموع اخبار الباب، من ان المانع عن نفوذ الشـرط، مع عموم المقتضـى له ثبوتا و إثباتا، ليس الا مخالفته لحكم اللّه المبين فى السّـنه أو الكتاب، فقـد عبّر عنه، بمخالفه الكتاب و السـنه تاره، و تحليل الحرام، و تحريم الحلال اخرى.

ان قلت: هـذا و ان كان لا يأبى عنه غير واحـد من الاخبار، و يساعده الاعتبار، الّا ان مثل النبوى (۲) يأبى عنه، ضروره ظهوره فى اعتبار كونه فى كتاب اللّه.

قلت: نعم، لو لا قوله (صلّى اللّه عليه و آله و سـلم) فى ذيله (قضاء اللّه- الى آخره-) الظاهر فى كون الولاء لمن أعتق، يكون فى كتاب اللّه، أو بنحو يفهمه (ص). أو المراد من كونه فى كتابه، كونه فيما كتبه اللّه على عباده، و ان بيّنه بلسان نبيّه (صلّى اللّه عليه و آله)، كمـا أشير إليه. كيـف، و قـد حكم على نفـوذ غير واحـد من الشـروط الـتى ليس فى الكتـاب، ظـاهرا فى غير واحـد من الاخبار، بقولهم «المؤمنون عند شروطهم» (۳)، فتأمل جيدا.

قوله (قدس سره): (فاشتراط ترك التزويج و التسرى، لا ينافى الكتاب، فينحصر المراد- إلخ-).

لا يخفى انّه لا وجه لهذا التفريع، فإنّه كما ينافى اشتراطهما الكتاب،

۱- الأنعام: ۵۹.

۲- سنن ابن ماجه- ج ۲- ۸۴۲- الرقم ۲۵۲۱

۳- مستدرك الوسائل: ۲- ۴۷۳.

لاـ ينـافيه نفسـهما، و انه يكفى فى اتّصـاف الالتزام بالمخالفه للكتاب عرفا، تعلّقه بفعل، أو ترک ما دل الكتاب على اباحه فعله و تركه، كمـا يوجبه تعلّقه بفعـل الحرام، أو ترک الواجب، مع انّ دليـل الحرمه، أو الوجوب أيضـا لاـ دلاله له، الّا على نفس حرمه الفعـل، أو وجوبه، فلو التزم بفعـل الحرام، و تخلّف و ترک ما اتى بحرام، نعم كان متجرّيا، لو كان عازما على فعله حين التزامه و بـالجمله، فكما يصـحّ عرفا اتصاف الالتزام بترک الواجب، أو فعل الحرام، بالمخالفه للكتاب، مع عـدم دلالته على منعه، كـذلک يصـح اتصـاف الالتزام بـذاک المباح، أو فعله بها. و يـدل عليه الروايه (۱) الـدّاله على مخالفه اشتراط ترک التزويج، أو التسـرى للكتاب، فتأمل جيدا.

قوله (قدس سره): (و مجردا عن ملاحظه عنوان أخر طار عليه- إلخ-).

بـل مع ملاـحظه كونه مجردا عن طرو عنوان أخر عليه، يتغير بطروه حكمه واقعـا. هـذا هو المنـاسب لما هو هو بصـدده، من مقام الثّبوت، و كيفيه ثبوت الحكم فى الواقع، و مـا ذكره انّما يناسب مقام الإثبات، و قـد صار بصـدده بقوله «إذا عرفت- إلى آخره-» كما لا يخفى على المتأمّل فى أطراف كلامه، زيد فى علو مقامه.

قوله (قدس سره): (فيمكن حمل روايه محمد بن قيس (۲)- إلخ-).

الظاهر انه سهو عن قلمه الشريف، و الصحيح روايه ابن مسلم (۳).

فلا تغفل.

قوله (قدس سره): (فإن لم يحصل له، بنى على عدم أصاله عدم المخالفه- إلخ-).

فإن المخالفه مسبوقه بالعدم المحمولى، الذى هو مفاد ليس التّامه،

۱- وسائل الشيعه: ۱۵- ۴۶- ب ۳۸- ح ۲.

۲- وسائل الشيعه: ۱۵- ۴۰- ب ۲۹- ح ۱.

۳- وسائل الشيعه: ۱۵- ۳۱- ب ۲۰- ح ۶.

حين عـدم ثبوت طرفها، و ان لم يكن مسبوقه بالعـدم الرّبطى، الذى هو مفاد ليس النّاقصه، حيث ان الشـرط وجد إما مخالفا، أو غير مخالف.

فان قلت: أصاله عدم المخالفه بهذا المعنى، لا يثبت كون الشرط غير مخالف، الّا على الأصل المثبت، كما لا يخفى.

قلت: نعم، و لكنه لاـ حـاجه الى إثبـاته، و يكفى مـا يثبت به، و هـو عـدم ثبـوت وصـف المخـالفه له، و به ينقـح مـا هـو موضوع «المؤمنون عند شـروطهم» (۱) فـان الخـارج عنه بالاسـتثناء، ليس الّـا عنوان خاص، و الباقى تحته كل شـرط كان غيره، بلا اعتبار خصوص عنوان، بل بأىّ عنوان لم يكن بذاک العنوان، و من الواضح انّ الشرط الذى لم يثبت له المخالفه من ذلک، فتأمّل، فإنّه لا يخلو من دقّه.

قوله (قدس سره): (و مرجع هذا الأصل إلى أصاله عدم هذا الحكم- إلخ-).

لا يخفى انّ أصاله عـدم هذا الحكم على هذا الوجه لا يثبت عدم تحقق المخالفه، الّا على الأصل المثبت، فلا وجه لإرجاع أصاله عـدم المخـالفه إليهـا، مع أنها وافيه بإثبات ما هو المهم، و لو لم نقل بالأصل المثبت، و لعلّ وجهه بنظره- قـده- كون الشک فى المخـالفه مسـببا عن الشک فى كيفيّه جعل الحكم، و هو و ان كان كـذلک، الّا ان عـدم مخالفه الشـرط ليس من الآثار الشـرعيه المترتبه عليه، كى يكون المرجع، هو الأصل فيها، فتأمل جيّدا، فى المقام، فإنّه ينفعک فى غير مقام.

قوله (قدس سره): (و فيه من الضعف ما لا يخفى- إلخ-).

حيث ان تخصـيصه الشـرط المخالف بـذلک، ينافيه ما دلّ من الأخبار على عدم نفوذ الشـرط، لكونه مخالفا، مع كون المشـروط نفس الفعل كالتسـرى، و الهجر، و الطلاق، على ان ذلک يسـتلزم كون الاسـتثناء منقطعا، ضروره الشرط، و ان الالتزام الجدى، لا يكاد يتعلّق بما هو فعل الغير،

۱- مستدرک الوسائل: ۲- ۴۷۳.

و باختیاره، فکیف یتعلق بالأحکام الشرعیه الخارجه عن تحت قدره المشترط و اختیاره بالمره. هذا، مع ان الأمر لو کان کما ذکره، من خروج التزام فعل المباح، أو الحرام عن مدلول الاخبار، لزم تقدیم دلیل نفوذ الشرط حکومه، أو توفیقا، کما تقدم أدله سائر العناوین الطّاریه من العسر و الضّرر، فلا وجه لملاحظه التعارض و الترجیح بأمر خارج. فافهم.

قوله (قدس سره): (و ربّما یتخیّل ان هذا الاشکال مختص- إلخ-).

لعل وجه تخیّل الفرق. ان الإباحه إذا کانت تکلیفیّه، فهی تکون غالبا لأجل عدم المقتضی للإیجاب أو التّحریم، بخلاف الإباحه المترتبه علی الوضع، فإنها باقتضائه، لکنه، لا یجدی ما لم یکن فعلیّه، و اقتضائه لها بالعلیّه، فتختلف و لا تنضبط. نعم علیه یکون الشرط المحرم للحلال، عزیزا جدّا، بل غیر محقق، حیث لم یعلم بعد اباحه تکلیفیّه، کانت لاقتضاء مقتضی، فضلا عن ان یکون بنحو العلیّه، فافهم.

قوله (قدس سره): (و للنظر فی مواضع من کلامه مجال- إلخ-).

منها تخصیصه الشرط المحلّل للحرام، أو المحرم للحلال، بما إذا کان علی نحو القاعده و العموم، من دون نظر الی فرد خاصّ، مع وضوح کون شرط شرب خمر خاصّ، و ترک فریضه خاصه، شرطا محللا للحرام، و کون شرط شرب التتن، أو ترکه مده، لیس کذلک.

و منها انه- قده- قد استشکل فیما اشترطت علیه، ان لا یتزوج، أو لا یتسری بفلانه خاصه، مع انّه لا وجه علی ما بناه، ضروره انّه لا یوجب إحداث قاعده کلیّه، فتأمل جیدا.

[الشرط الخامس أن لا یکون منافیا لمقتضی العقد]

قوله (قدس سره): (ان لا یکون منافیا لمقتضی العقد- إلخ-).

اشتراط المنافی، تاره علی نحو لا یتأتی منه القصد الی تحقق مضمون العقد أصلا، لأجل المناقضه، و ان یأتی منه إنشائه، فإنه خفیفه المؤنه، کما إذا أرید من لفظ (بعت) حقیقه البیع الذی هو التّملیک بالعوض، مع اشتراط عدم الثمن، و اخری علی نحو یتأتی منه القصد الی مضمونه حقیقه، غایته

بالاشتراط، لقصد عدم ترتب بعض لوازمه و أحكامه، مما له شرعا أو عرفا، و ثالثه على نحو قصد الى ما لا ينافيه الاشتراط، و ان كان ينافيه بظاهره، كما إذا أريد مع اشتراط عدم الثمن فى الصيغه بلفظ (بعت) التّمليك بلا عوض. و من الواضح انه يكون قصده بمكان من الإمكان، و ان كان خلاف ظاهر (بعت). فان كان اشتراط المنافى على النحو الأوّل، فلا عقد و لا شرط، سواء لم يقصد الى مضمون العقد حقيقه من رأس، أو بدأ له بعد إنشائه، فأتى بما يناقضه و ينافيه، و ان كان على النحو الثّانى، فالشرط غير نافذ، لمخالفته للكتاب أو السنّه، و كذا العقد، لو قيل بكون الشرط الفاسد مفسدا، و ان كان على النحو الثالث، كان عقدا لما قصده، فيقع. الّا ان يقال، باعتبار لفظ خاصّ فى عقده، فتأمل فيما ذكرناه، لكى تعرف ان اشتراط ما ينافيه طاهر العقد، يختلف صحه و فسادا و وجها فيما يفسد. فلا تغفل.

قوله (قدس سره): (و لو شك فى مؤدّى الدّليل، وجب الرّجوع الى أصاله ثبوت ذلك الأثر- إلخ-).

إنما وجب الرجوع إليها، فيما إذا رجع الشك فيه الى الشك فى مخالفه الشرط للكتاب أو السنّه. و اما إذا رجع الشك فيه، الى الشك فى انّ الاشتراط مع القصد الى ما هو حقيقه العقد، موجب للمناقصه فى القصد، فلا يجدى الرجوع إليها، كما لا يخفى. بل يكون فى الحقيقه شكا فى أصل تحقق العقد و الشرط. و كذا لو رجع الشك فيه، الى الشك فى انّ الشرط ينافى حقيقته هذا العقد، و انه مع الشرط يصير حقيقه أخرى، كما عرفت فى النحو الثالث، فحينئذ شك فى تحقّق تلك الحقيقه، و لا يشك فى تحقق ما قصده، و لا أصل يرجع إليه فى إثبات تلك الحقيقه، و ترتيب آثارها الخاصّه، و لا حاجه أصل أصلا فى ترتب آثار ما قصد، كما لا يخفى. فتأمل جيدا.

[الشرط السادس أن لا يكون الشرط مجهولا جهاله توجب الغرر فى البيع]

قوله (قدس سره): (لكن الإنصاف أن جهاله الشرط يستلزم- إلخ-).

و ذلك لانّه قيد للبيع، أو أحد العوضيين، و ليس بأمر مستقل فى ضمن عقده، قصارى ما يمكن ان يقال، ان إطلاق النهى عن بيع الغرر

ينصرف الى ما كان الجهاله فى نفس العوضيين بأنفسهما، لا يقيدهما. و لو سلّم فلا أقلّ من كون جهالتهما كذلك قدرا متيقنا فى مقام التّخاطب، فلا يشمل ما إذا كانت الجهاله بالسّرايه من القيد. لكنه كما ترى.

ان قلت: لو سلم سرايه الجهل، فإنما يوجب بطلان العقد ببعض مراتبه، لا بتمامها، بناء على كون العقد المشروط بتعدّد المطلوب.

قلت: لو سلّم كونه كذلك، فإنّما يبخل، و يبقى ببعض مراتبه، لو كان العقد جامعا لتمام الشرائط المعتبره فيه، و منها ان لا يكون غرريا فافهم.

نعم للخصم ان يقال: ان المتيقن، هو ما إذا كانت الجهاله فى العوضين و لو بالسرايه، و لم يحرز كون الشرط قيدا لأحدهما، بل لعله كان قيدا لنفس البيع، و لعله يرجع الى ما أفاده العلامه أعلى اللّه مقامه، من تعليل عدم ضرر جهاله الشرط بأنّه تابع، اى تابع البيع لا تابع المبيع- الى آخر كلامه. يتوجه عليه ان جهاله التابع، انما لا يسرى إذا كان مما لا يقصد فى البيع، كأساس الجدرات و نحوها، لا مثل الشرط المقصود بالخصوص فى البيع. فافهم.

[الشرط السابع أن لا يكون مستلزما لمحال]

قوله (قدس سره): (لان بيعه له يتوقّف على ملكيه المتوقّفه على بيعه- إلخ-).

لا يخفى عدم توقف ملكيته على بيعه، و لعل توهم التوقف عليه، انما كان لأجل انّه شرط، و لا يكاد يؤثر المقتضى بدونه، لكنه فاسد، فان بيعه و ان كان شرطا، الّا انّه لا- بمعنى كونه جزء العله و ما يلزم من عدمه العدم، بل بمعنى آخر كما مرّ، و الّا لزم الملكيّه فى البيع قبل حصول الشرط مطلقا، أيّ شى ء كان شرطا.

لا يقال: لا يعقل بيع الشى ء من مالكه البائع، فشرط بيعه منه فى نفسه غير معقول.

فإنه يقال: انما لا يعقل إذا كان الشرط بيع ملكه الفعلى، لا بيعه منه بعد خروجه عن ملكه، و صيرورته ملكا للمشترى. و بالجمله، يكون الشرط، بيع المشترى للمبيع منه، بعد ما ملكه و صار له، فلا تغفل.

[الشرط الثامن أن يلتزم به فی متن العقد]

قوله (قدس سره): (و لو تواطئا علیه قبله، لم یکف ذلک- إلخ-).

و التحقیق ان یقال: ان التواطؤ علیه ان کان بمجرد المقاوله علی الاشتراط فی ضمن العقد مع إیقاعه مطلقا، کما إذا یکن هناک مقاوله علیه أصلا، فلا ینبغی الإشکال فی عدم کفایه المقاوله فی الاشتراط، و وقوع العقد مطلقا، کما لا یخفی. و ان کان مع إنشاء الاشتراط قبله مع وقوعه کذلک، ای مطلقا، فیبتنی علی نفوذ الشرط الابتدائی و عدم نفوذه. و ان کان مع إنشائه فی ضمن العقد، بان وقع العقد مقیدا و مشروطا، و ان لم یذکر اعتمادا علی تلک المقاوله، فیبتنی علی انّه لا بدّ فی نفوذ الشرط من ذکره، أو یکفی إنشائه بدونه، مع القرینه علیه. و ان کان بمجرد المقاوله من دون اشتراطه، مع وقوع صیغه العقد مبهما و مهملا، ای قابلًا لان یقیّد و یشترط، لا مطلقا، و لا مشروطا و مقیّدا، فلا شرط، و هو واضح، و لا عقد، فان المبهم و ان کان ینشأ، الّا انّه لا یتسبّب بإنشائه إلی تحقّقه، حیث لا یکاد یوجد فی الخارج، ما لم یتشخّص بالإطلاق، أو الاشتراط، و ما لم یکن قابلًا لذلک، لکی یقصد بإنشائه التّسبب الیه، لم یکن إنشائه عقده، فافهم.

قوله (قدس سره): (و عموم «المؤمنون عند شروطهم» (۱) مختص بغیر هذا القسم- إلخ-).

اختصاصه بغیره مبنی علی ان لا یکون الوفاء، یتم ترتیب الآثار، و لم یکن بمعنی الالتزام بالشرط، و عدم فسخه، و رفع الید عنه، أو بمعنی الإرشاد إلی نفوذه و تحقق مضمونه، و إلّا یعمّه و لم یختص بغیره. و الظاهر ان مثل «المؤمنون عند شروطهم» یدل علی نفوذ الشرط و لزومه، بلسان کون الشّارط عند شرطه، و ملازما إیاه لا ینفک عنه، من غیر دلاله علی وجوب الوفاء، کی یلزم اختصاصه ببعض أقسام الشّرط، أو تنزیله علی شموله، لترتب الآثار، مع ان ترتب الآثار علی ما حصل بسبب العقد أو الشرط، انّما هو بما دلّ علی ترتبها علیه، لا بدلیل وجوب الوفاء بهما، کما لا یخفی.

۱- مستدرک الوسائل: ۲- ۴۷۳.

و من هنا ظهر انه لا بد ان ينزل مثل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (۱)» على وجوب الالتزام بها، و عدم فسخها، و المعامله معها، كما إذا لم تكن، أو على الإرشاد إلى تحقق مضامينها، كما ينزل النهى فى باب المعاملات على الإرشاد الى عدم تحقّق ما هو قضيّه المعامله المنهى عنها. فتأمل جيدا.

[مسأله فى حكم الشرط الصحيح]

اشاره

قوله (قدس سره): (و ان أريد حصول الغايه بنفس الاشتراط، فان دل دليل- إلخ-).

لا يخفى انه لا مجال لهذا الكلام، مع عنوان المسأله فى بيان ما للشرط الصحيح من الأحكام، فإنّه كلام فى انه فاسد أو صحيح، فلا تغفل.

قوله (قدس سره): (و من ان الوفاء لا يختص بفعل ما شرط- إلخ-).

بل قضيّه نفوذ الشرط فيما إذا تعلّق بالفعل أيضا، هو صيرورته ملكا للمشروط له، و مستحقا له، نظر ما إذا صار أجيرا فى عمل، فوجوب الفعل المشروط على المشروط عليه مع المطالبه، كوجوب العمل على الأجير عندها، انما هو لوجوب أداء كلّ حقّ الى صاحبه، كما مرت الإشاره إليه عن قريب، فتذكر.

لا يقال: انّ التّمسك بالعموم، مع تخصيصه بغير الشرط المخالف للكتاب و السنّه، مع احتمال اعتبار سبب خاص فى تحقّق ما شرط، يكون من باب التّمسك به فى الشبهات المصداقيه.

فإنه يقال: هذا لو لم يكن هناك ما ينقّح به عدم المخالفه، و قد مرّ ان عدم المخالفه هو قضيّه الأصل، فراجع.

[و الكلام فيه يقع فى مسائل]

[الأولى فى وجوب الوفاء من حيث التكليف الشرعى]

قوله (قدس سره): (المشهور، هو الوجوب، لظاهر النبوى (۲)- إلخ-).

فإنّه و ان لم يكن دالّا، الّا على نفوذ الشرط و صحته، الّا انّ صحته توجب استحقاق المشروط له لما شرط، فيجب على المشترط عليه مع المطالبه الأداء، لئلا يمنع الحق عن صاحبه، كما مرّ فتأمل.

۱- المائده: ۱.

٢- مستدرك الوسائل: ٢- ٤٧٣.

قوله (قدس سره): (من ان اشتراط ما سيوجد (۱) أمر منفصل، و قد علّق عليه- إلخ-).

بل متصل و قد حصل أثره، و هو استحقاق المشروط له لما شرط من الفعل، و قد قيّد به العقد، و لا تعليق له على ذاك الفعل المنفصل عنه أصلا.

و لعلّ منشأ التّوهم، كون الفصل شرطا، و إطلاق الشرط عليه، و تعليق المشروط عقلا على الشرط، مما هو واضح. لكنه قد عرفت سابقا انّ الشّرط هيهنا بمعنى أخر، و ليس بذاك الشرط الذى يكون من أجزاء العلّه التامه.

كيف، و لو كان ذاك، لتوجّه عليه انّ قضيّه ارتفاع العقد من رأس، لا انقلابه، جائزا، كما وجّه عليه المصنّف- قده- فلا تغفل.

[الثانيه فى أنه لو قلنا بوجوب الوفاء من حيث التكليف الشرعى فهل يجبر عليه لو امتنع]

قوله (قدس سره): (فان الخيار انّما شرع بعد تعذّر الإجبار، دفعا لضرر- إلخ-).

حيث لا ضرر مع إمكان الإجبار، مع انّ الضرر النّاشى من قبل المخالفه، و عدم العمل بالعقد و الشرط، مع تأثيرهما لتمام مراتب المقصود، و هو ملك المثمن أو الثمن، و ملك الشرط على المشروط عليه، لا- يوجب تزلزلا و خيارا فى العقد، و انّما يؤثّر لو كان نفس العقد و الشرط ضرريا، كما فى الغبن، و كما إذا تخلّف الشرط، و لم يكن المبيع بتلك الصفه الّتى شرط ان يكون متصفا بها، فان العقد مع الشرط حينئذ، حيث لا يكاد يؤثر تمام المقصود، بل انّما يؤثر استحقاق هذا الشّخص الفاقد لها، كما لا يخفى، كان نفس هذه المعامله ضرريّه، فيكون اللزوم الذى كان حكم المعامله، لو لم يكن كذلك، منفيّا بقاعده «لا ضرر و لا ضرار» (۲)، فلو قيل بالخيار، لم يكن إلّا للإجماع. و من الواضح انّه لا إجماع، مع إمكان الإجبار، فتأمل جيدا.

[الثالثه فى أنه هل للمشروط له الفسخ مع التمكن من الإجبار]

قوله (قدس سره): (بخلاف الشرط، فان المشروط حيث فرض فعلا كالإعتاق، فلا معنى لتملكه- إلخ-).

قد مرّ الإشاره غير مرّه، انّ قضيّه الشرط، هو أيضا استحقاق

۱- و فى المصدر: و اشتراط ما سيوجد امره.

۲- وسائل الشيعه: ۱۷- ۳۴۱- ب ۱۲- ح ۳.

المشروط له لما شرط، و تملكه له، فمجرد امتناع المشروط علیه عنه، لا یکون نقضا له، و لا یکون الّا کالامتناع عن تسلیم أحد العوضین، و لعله أشار إلیه بأمره بالتأمل، فتدبر جیدا.

[الرابعه لو تعذر الشرط فلیس للمشترط إلا الخیار]

قوله (قدس سره): (ففی استحقاق المشروط له لأجرته، أو مجرد ثبوت الخیار له، وجهان- إلخ-).

أوجههما الأوّل، لأن العقد و الشرط قد أثّرا أثرهما، من استحقاق العوضین للمتبایعین، و الشرط للمشروط له، فنفوذهما لیس بضرری، لیتدارک بالخیار، کما فی تعذّر الشرط، إذا کان وصفا، و الغبن، و العیب، و تعذره أمر طارئ یوجب التنزّل الی البدل، کما إذا تعذر تسلیم أحد العوضین الکلیّین.

فتأمّل جیدا.

[الخامسه لو تعذر الشرط و قد خرج العین عن سلطنه المشروط علیه فالظاهر عدم منع ذلک عن الفسخ]

قوله (قدس سره): (فالظاهر عدم منع ذلک عن الفسخ- إلخ-).

فإن مورد الفسخ هو العقد، و العقد یصحّ فسخه و لو مع امتناع ترادّ العوضین، إذ الظّاهر انّ التّعذر، إنّما یوجب الخیار لأجل الضّرر و الضّرار (۱)، فکما انّه یوجبه مع إمکانه، یوجبه مع امتناعه. نعم لو کان الخیار تعبّدا للإجماع، فیمکن ان یقال: ان القدر المتیقّن من معقده، هو صوره إمکانه، فتأمل جیّدا.

قوله (قدس سره): (و اما لو کان منافیا کبیع ما اشترط وقفه علی البائع، ففی صحته مطلقا- إلخ-).

و هذا الوجه هو المتجه، فان وجوب أحد المتنافیین لا یؤثر حکما أصلا فی الأخر، لا تکلیفا و لا وضعا، فلو باع بدون اذن المشروط له، جاز و نفذ، و لو اثم بترکه الواجب علیه، و حینئذ لو فسخ المشروط له، فالأقوی الرجوع الی البدل جمعا بین الأدله، کما تقدم فی کلامه، زید فی علو مقامه، و انما یوجب شرط الضدّ، توقف النفوذ علی اذن المشروط له، أو إجازته لو أحدث فی العین

۱- وسائل الشیعه: ۱۷- ۳۴۱- ب ۱۲- ح ۳.

حقّا له، و لم يثبت، و الأصل عدمه. و انّما الثابت هو استحقاقه عليه الضّد، فلو تعذّر عليه، و لو بسوء اختاره لضدّه، فعليه بدله، و لا موجب لتسلط المشروط له على فسخ العقد أصلا، كما لا يخفى. فتأمل جيّدا.

[السابعه قد عرفت أن الشرط من حيث هو شرط لا يقسط عليه الثمن]

قوله (قدس سره): (فإرجاع قوله: بعتك هذه الصبره على انّها عشره أصواع (۱)- إلخ-).

بأن يكون المبيع فى الحقيقه كليّا خارجيّا، و هو عشره أصواع موجوده فى هذا المكان، كى يكون الثمن بإزاء العشره، فيسقط عليها، و ان كان المبيع بحسب الصّوره، شخص الوجود الخارجى، و عليه فيكون النّزاع صغرويّا، و فى أنّ المبيع هل هو الكلّى أو الجزئى. و ان شرط مقدار خاص فى جزئى، يرجع فى الحقيقه إلى بيع ذاك المقدار كليا، أو كان باقيا على بيع الجزئى، و الشرط كشرط أمر أخر فيه. و لا يخفى انّ اختلاف ما شرط، لا يوجب اختلافا فى حكم الشرط، فكما لا يكون شرط الكيفيّه موجبا لرجوع بيع الجزئى إلى بيع كلى خارجيّ موصوف بصفه كذا، فكذلك شرط الكميّه، فلا وجه لإرجاعه، و لذا جعل المصنف العلامه أعلى اللّه مقامه، النزاع كبرويا و فى ان الثمن يسقط على مثل هذا الشرط، كالجزء، أو لا يسقط عليه، كسائر الشرائط.

و عليه فلا بد فى دعوى التّقسيط من دعوى انه بحسب الحكم العرفى، لا أنّه بحسب جعل المتعاقدين، ضروره انّ حال هذا الشرط بحسب ذلك، حال سائر الشّرائط. و أنت خبير بان دون إثبات حكم العرف بالتّقسيط على هذا الشرط من بين الشروط، خرط القتاد. بل لا يبعد دعوى انّه ليس فى صوره تخلّف هذا الشرط، الّا الخيار.

قوله (قدس سره): (و لعل هذا أظهر- إلخ-).

و ذلك لما مر، من ان الاختلاف فيما شرط، لا يوجب اختلافا فى حكم الشّرط، فتذكّر.

۱- و فى المصدر: على انها عشره أصوع.

قوله (قدس سره): (لأن البائع لم يقصد بيع الزّائد، و المشترى لم يقصد شراء البعض، و فيه تأمل- إلخ-).

وجه التأمّل أنّ هذا الوجه، ان صح لعم جميع صور تخلف الشرط.

لكنه انّما يصحّ لو قيل بعدم تعدّد المقصود فى العقود، و عدم تحليلها بحسب القصد، فيما إذا وقع الشّرط فى ضمنها، و هو محل كلام بين الأعلام، و يأتى عن قريب تحقيقه.

[القول فى حكم الشرط الفاسد]

[الأول أن الشرط الفاسد لا تأمل فى عدم وجوب الوفاء به]

قوله (قدس سره): (و لا تأمّل أيضا فى انّ الشرط الفاسد لأجل الجهاله، يفسد العقد- إلخ-).

بل لا يخلو عن التأمّل، فإنّ رجوع جهاله الشّرط إلى جهاله أحد العوضين، انما يسلم لو كان الشرط من قيود أحدهما. و اما إذا كان من قيود نفس البيع، فلا وجه له أصلا، كما لا يخفى، و لم يعلم كونه من قيود أيّهما، أو انّه يختلف بحسب الشّروط، أو القصود، لو لم يدعى ظهور انّه من قيوده. نعم جهالته توجب الغرر فى البيع، لو لم نقل بان الغرر المنفى، انما هو بملاحظه الخطر فى أحد العوضين، لا ما يعم فى البيع لأجل قيده، فتدبر جيّدا.

قوله (قدس سره): (لأنه موجب للدّور، أو لعدم القصد الى البيع الأول- إلخ-).

قد عرفت فيما مرّ، انّه لا يوجب الدّور، و لا عدم القصد، بل لا يكاد يتأتى منه القصد الى هذا الشرط، بدون قصد البيع الأوّل، فتأمل.

قوله (قدس سره): (قولان، حكى أولهما عن الشيخ و الإسكافى- إلخ-).

و الظاهر ان القول الأوّل للعلّامه و من بعده، و الثانى للشيخ و من بعده، و يكون العكس سهوا من قلمه الشريف، فراجع.

قوله (قدس سره): (و الحق ان الشرط الغير المقدور من حيث هو غير مقدور، لا يوجب تعذّر التّسليم- إلخ-).

فإنه يتمكّن من تسليمه إذا حصل اتفاقا. نعم ما لا يكون حاصلا فى الحال، و لا مقدورا عليه فى الاستقبال، لا يكاد يتعلّق تعلّق الاشتراط به. نعم لا يبعد ان يكون حال ما يعلم حصوله فى الاستقبال، حال الحاصل فى

الحال، فی صحّه اشتراطه، و الالتزام به، فتدبّر.

قوله (قدس سره): (لعموم الأدلّه السّالم عن معارضه ما يخصّص (۱) عدا وجوه- إلخ-).

لا- يخفى انّه مع فساد الشرط، و عدم إمضائه العقد الخاص المشروط، انما يكون شك فی خياره رأسا، من جهه الشك فی انّ هذا العقد الخاص كان فی الحقيقه عقدا على اثنين، كأنّه كان عقدين، أو لم يكن عقدا، الّا على واحد، كما إذا لم يكن شرط فی البين. فيكون الشك فی المقام فی تحقق فرد العام، فلا يجدى فيه العموم فی دليل حكم العام، ضروره أنه يجدى فيما إذا كان الشك فی ثبوت حكمه لفرد من افراده و يأتی ان شاء اللّه تعالى تحقيق حاله، و ما يمكن ان يقال فی وجه انحلاله، فتدبر جيّدا.

قوله (قدس سره): (و لذا اعترف فی جامع المقاصد بان فی الفرق- إلخ-).

لا- يخفى وضوح الفرق بينهما، فان تحليل العقد، و ان مضمونه بحسب القصد، هو تمليك كل جزء من المثمن بإزاء ما يخصّه من جزء الثمن، كما هو قضيّه المقابله بينهما، واضح، فيؤثر العقد فيما قابل للتمليك و التملك بينهما، و يبطل فيما لا يقبل لهما. و هذا بخلاف الشرط، فان العقد قد تعلّق بالخاص و هو المشترى، و مع عدم فساد الشرط فلا يكون العقد ابتداء متعلقا بالفاقد.

و لا- بد فی دعوى تعلّقه به، من دعوى تعلّق القصد به ثانيا، و هو و ان كان ممكنا، الّا أن ثبوته بحسب القصد، و إثباته بحسب دلاله لفظ العقد فی هذا الباب، ليس بينا كذاك الباب، كما لا يخفى على ذوى البصائر و الألباب.

و بذلك انقدح انه لا يكفى للمستدل بالعمومات، مجرد المنع، لوضوح انّ قضيّه الاشتراط هو الارتباط بين التراضى بالتجاره و الشرط، و ان لا يكون بدونه تراضى، بل لا بد له من إثبات تعدد القصد فی العقد، و ان التقييد بالشرط انما يكون فی المرتبه العليا منه، لا انه مرتبه واحده و هی مقيده، كی

۱- و فی المصدر:. عن معارضه ما يخصصه عدا وجوه.

ينتفى رأسا بانتفاء قيده، فافهم.

قوله (قدس سره): (و حلّ ذلك انّ القيود المأخوذه فى المطلوبات العرفيه (۱) ما هو ركن المطلوب- إلخ-).

فإذا صار شى ء متعلقا للطّلب أو للعقد بتلك القيود، فالفاقد لواحد منها لا يكون متعلقا لهما أصلا، و لو فرض أنّه أحيانا مما تطلق به القصد، و ان لم يكن بتمام المقصود، لما كانت صيغتهما وافيه بإثباته، بل لا بد من نصب دلاله عليه متصله بصيغتهما لو أريد إنشاء طلبه، أو عقده بصيغه واحده، و الّا فلا بدّ من طلب أو عقد أخر، بصيغه أخرى، كما لا يخفى.

و هذا بخلاف ما إذا لم يكن القيد ركنا له، فان كونه كذلك نوعا، قرينه عرفا على ان المنشأ بصيغه كلّ منهما شيئان، طلب الواجد إن كان، و الّا فطلب الفاقد، و هكذا العقد مع صورتى الوجدان و الفقدان، بحيث لو فرض ان أحدا ما أراد إلّا الواجد، و ان الفاقد ليس متعلقا لقصده، أصلا، فلا محيص له عن نصب دلاله على ذلك، و الّا كانت صيغه كلّ منهما لأجل الاحتفاف بتلك القرينه النّوعيه، ظاهره فى تعدّد المطلوب، و العرف يحكم فيه بكون الفاقد أيضا بالصيغه مطلوب. فافهم.

قوله (قدس سره): (فان العرف يحكم فى هذه الموارد بكون الفاقد نفس المطلوب- إلخ-).

حق العباره ان يقال: يكون الفاقد أيضا مطلوب، لما عرفت، و تعبيره يوهم ان صحه العقد فى صوره الفقد لحكم العرف، باتحاد الفاقد، مع ما هو متعلّق العقد من الواجد، مع عدم حكم العرف به، و عدم جدواه فى الحكم بالصحه بعد عدم تعلقه الّا بالواجد، و مسامحه العرف فى حكمه، فلا محيص فى الحكم بالصّحه عن دعوى تعلّقه بالاثنين، و ان للمقصود منه مرتبتين، فتأمل جيدا.

۱- و فى المصدر:. فى المطلوبات العرفيه و الشرعيه منها ما هو ركن المطلوب.

قوله (قدس سره): (و الظاهر ان الشرط من هذا القبيل- إلخ-).

كون الشرط مطلقا من هذا القبيل مشكل، فإنه ربما كان ركنا لمشروطه، بحيث لولاه لما تعلّق به القصد و العقد أصلا، فلا بد فى تعيين انّه من أحد القبيلين، من التماس قرينه من حال أو مقال دلّت على انّ المتعاقدين قصدا بعقدهما واحدا أو اثنين، و بدونهما يعامل معه كما إذا علم انهما لم يقصدا الّا واحدا، لعدم إحراز انعقاده، مع فساده للشّک فى القصد و الدّلاله عليه، بحسب متفاهم العرف الّتى لا بدّ منها فى تحقّق العقد، بداهه عدم تحقّقه بدونها بمجرد القصد، فافهم.

قوله (قدس سره): (و أدله نفى الضرر، قد تقدم غير مرّه انّه لا تصلح- إلخ-).

مع انه يمكن ان يقال: لا يكون مجال لتوهم الخيار، الّا فيما إذا قصد المتعاقدان العقد على العوضين مع فساد الشرط أيضا، و معه كان منهما الإقدام على الضرر، و معه لا يكون محل القاعده نفى الضرر و الضرار، ليوجب ثبوت الخيار، فتأمل.

قوله (قدس سره): (لان المعلوم إجمالا، انّه لو عمل بعمومها- إلخ-).

فيكشف هذا عن كثره ورود التّخصيص عليها، فلا يجوز العلم بها.

ان قلت: على هذا يلزم عدم جواز العمل بها، و لو اعتضدت بعمل جماعه من الأعلام، لطرو الإجمال عليها، لأجل العلم الإجمالى بتخصيصها كثيرا.

قلت: انما علم إجمالا بذلک فى غير موارد العمل، فلا يكون مورده من أطرافه، فلا تغفل.

[الثالث لو ذكر الشرط الفاسد قبل العقد لفظا و لم يذكر فى العقد فهل يبطل العقد بذلک]

قوله (قدس سره): (فان اعتبارهما معا فى الصحه، يقتضى كون تخلّف أحدهما كافيا فى البطلان- إلخ-).

فإن البطلان عدم الصحه، و لعل توهم عدم الكفايه، لأجل توّهم كونهما ضدين و أمرين وجوديّين. فتأمل.

قوله (قدس سره): (إذا أوقعا العقد المجرد على النحو الذى يوقعانه مقترنا بالشرط- إلخ-).

بأن يريدا من اللّفظ الدالّ على المشروط، المعنى المبهم القابل للإطلاق و التّقييد، و أرادا تقييده بما اشترطاه خارج العقد.

قوله (قدس سره): (لعدم الإقدام على العقد مقيّدا- إلخ-).

و الإقدام عليه مطلقا، و يمكن ان يكون مثله، صوره طروّ النسيان فى محلّ ذكر الشرط، مع كونه مطلقا، لعدم ذكر شرط، كما إذا بدا له فى هذا المحل و أطلق، لعدم ذكر شرط، كما إذا كان من الأول بصدد الإطلاق، ان لم نقل باعتبار قصد الإطلاق أو التقييد من الأوّل.

و قد انقدح بذلك انّ هذه الصوره إنّما لحق بتارك ذكر الشرط عمدا، تعويلا على التّواطؤ السابق، فيما إذا لم يصير بصدد الإطلاق، بعدم ذكر الشرط، كما إذا بدا له ذلك بعد البناء على التقييد قبل هذا المحل، بل كان باقيا على الاشتراط، فتأمّل.

[الكلام فى أحكام الخيار]

[الخيار موروث بأنواعه بلا خلاف بين الأصحاب]

اشاره

قوله (قدس سره): (ليصدق انّه مما ترك الميت- إلخ-).

ربما يشكل بعدم صدق انّه ممّا تركه الميت فى الحق فان الحق عباره عن اعتبار خاص منتزع عن منشأ انتزاع مخصوص، كالملكيه، فوزانه ليس وزان الملك، بل الملكيه، فكما لا يصدق ما تركه على الملكيه، بل على الملك بانقطاع ما كان للميّت من العلاقه و تركه بلا إضافه الملكيه له، كذلك لا يصدق على الحق بانقطاعه بنفسه كالملكيه، و انتفائه بارتفاع طرفه و موضوعه لتقوم الأعراض، و الاعتبارات، و الإضافات بالأطراف و الموضوعات، فافهم فإنّه لا يخلو عن دقّه.

[بقى الكلام فى أن إرث الخيار ليس تابعا لإرث المال فعلا]

قوله (قدس سره): (و يضعّفه انّ حق الخيار علقه فى الملك المنتقل الى الغير- إلخ-).

و يضعّفه ان الخيار علقه فى العقد من حيث التّسلط على فسخه و إمضائه، غايه الأمر أثر الفسخ رجوع كل من العوضين الى ما انتقل عند أو وراثه، كما فى الأجنبى، فإنّه أيضا مسلّط على فسخ العقد و إمضائه، و اثر

فسخه، رجوع العوضين إلى ما انتقلا عنه، من دون تعلّق حق بنفس الملک المنتقل الى الغير أصلا، كما لا يخفى.

قوله (قدس سره): (و يمكن دفعه بان ملک بائع الأرض للثمن- إلخ-).

فيه انّ كون ملک بائع الأرض للثمن متزلزلا، و فى معرض الانتقال الى جميع الورثه، بفسخ المورث ذى الخيار، لا يقتضى ثبوت حق للزّوجه، لو قيل بان الخيار فيما انتقل عنه، من حيث تسلّطه على ردّ ما فى يده، ليملک ما انتقل عنه بإزائه، فلا يمكن الدفع الّا بما عرفت، من منع كون الخيار حقّا فى الملک المنتقل عنه، بل فى العقد، فقد تركه ذو الخيار، فلوارثه و منه الزوجه.

[مسأله فى كيفيه استحقاق كل من الورثه للخيار مع أنه شى ء واحد غير قابل للتجزيه و التقسيم وجوه]

قوله (قدس سره): (الثالث: استحقاق مجموع الورثه لمجموع الخيار- إلخ-).

لا- يخفى انّ اضافه لفظ المجموع الى الخيار و هو واحد، لا يخلو عن استهجان، لو لم يكن لأجل المشاكله مع مجموع الورثه. فافهم.

قوله (قدس سره): (فالمتيقّن من مفادها، هو ثبوت الخيار الواحد الشخصى للمجموع- إلخ-).

بل الظاهر منها، و ذلک لان حقّ الخيار الشّخصى الذى كان للميّت، و ان كان بحسب الدّقه يستحيل ان يبقى، لما أشرنا اليه. و ما للورثه من الخيار، كان فى الحقيقه خيار أخر، إلّا انه ثبت لهم بعنوان انّه ذاک الخيار الذى كان ثابتا لذى الخيار، و قد تركه بموته، فالورثه بأجمعهم يقوم مقام ذاک الواحد، فى صيرورتهم طرفا لذاک الحق الواحد، و قضيه عدم التّخاير من اختيار الفسخ أو الإمضاء إلّا باجتماعهم عليه.

و بالجمله يكون ظاهر دليل الإرث، صيروره ما كان للميت من الخيار الواحد، لمجموع الورثه، كما إذا جعل خيار واحد للاجنبيّين، أو المتبايعين على التوافق، لا الاستقلال بالتّخاير.

قوله (قدس سره): (فان النّص قد دل على انّه لا يسقط بعفو أحد الشريكين- إلخ-).

لا يخفى انّه قضيه كون حق واحد للاثنين على التّوافق، و لو كان

لکل واحد إسقاطه، لم یکن علی نحو التّوافق، بل بالاستقلال. نعم کان لکلّ منهما إسقاط ماله، فیختص بالآخر، فان الاشتراک انّما یمنعه عما ینافی مع حقّ شریکه، ما کان لذی الحقّ لولاه، و إسقاط ماله منه أصلا، کما لا یخفی. فیکون النّص الدّال علی عدم سقوط حقّ القذف (۱)، و حق القصاص (۲) بعفو بعض الشرکاء، و کذا حکم المشهود بعدم سقوط حق الشفعه بعفو بعض الورثه علی القاعده، و قضیه کون حق واحد لاثنین، فکل واحد من الورثه، و ان کان لیس له التخایر، لا الفسخ، و لا الإمضاء، و لا إسقاط أصل الخیار، الّا انّ له إسقاط ما له منه، فیصیر کأنّه لم یرث الخیار، فیختص به الباقی، فتأمل جیدا.

قوله (قدس سره): (و یمکن ان یفرق بالضرر- إلخ-).

قد عرفت انّه لا فرق بینهما، و ان الحکم بذلک علی القاعده، مع انّ الضّرر لو کان، لکان هو السبب للحکم فی باب الشفعه و القصاص، فلیکن سببا فی هذا الباب، و لعله أشار إلیه بأمره بالتأمل، فتأمل.

قوله (قدس سره): (و حاصله انّه متی فسخ أحدهم و أجاز الأخر لغا الفسخ- إلخ-).

و کذا لغا الإجازه، و یبقی الخیار، کما إذا لم یکن هناک فسخ و لا إجازه. و ذلک لما عرفت فی أوّل الخیارات، من ان الإجازه یکون أحد طرفی التخایر الذی هو قضیّه الخیار، نعم علی ما اختاره- قده- کانت الإجازه من أحدهم إسقاطا لحقه، فیختص الخیار بالباقی، کما عرفت، من تأثیر إسقاطه، سقوط ماله منه. فتدبّر.

[فرع إذا اجتمع الورثه کلهم علی الفسخ]

قوله (قدس سره): (و من أنهم قائمون مقام المیّت فی الفسخ بردّ الثمن أو بدله- إلخ-).

لا یخفی انّ الورثه بعد الفسخ یتلقون من المیت بالفسخ، ما انتقل عنه

۱- وسائل الشیعه: ۱۸- ۴۵۶- ب ۲۲- ح ۲.

۲- وسائل الشیعه: ۱۹- ۸۵- ب ۵۴- ح ۱ و ۲.

بالبیع، لا عن المفسوخ علیه، فلا بد من اعتبار انتقال بدله منه الیه، لا منهم.

و بالجمله کما یکون الانتقال الی المیت بالفسخ من المفسوخ علیه، فلا بد من ان یکون بعوض ما انتقل عنه الیه بالبیع، لا بعوض أخر، و الّما لم یکن فسخا، بل معاوضه جدیده، کما لا یخفی. و قیاس إرث الخیار، علی إرث حق الشفعه، قیاس مع الفارق، ضروره انّه لا مقتضی فی الأخذ بها، کون المال من المورث أصلا، فإن المأخوذ بالشفعه إنّما یتلقاه الوارث من المشتری، لا من المیت، و ان کان تلقی منه حقّها، کما لا یخفی، بخلاف الخیار، فإنّ قضیّه الفسخ، و تلقّی الورثه للمال من المیت، کما عرفت هو ذلک.

و قد انقدح بذلک، ما هو أوجه الوجهین اللّذین ذکرهما فیما فرعه علی هذا، و ان الأظهر فی الفرعین هو کون ولایه الوارث، کولایه الولی، من جهه انه لیس لواحد من طرفی النّقل و الانتقال الحاصلین بالفسخ ابتداء، و ان کان ینتقل الیه ما انتقل الی المیت ثانیا بالإرث. و السیره لو سلّم انّها جرت بما ذکره، لا شهاده فیها أصلا، لعدم لزوم أداء دیون المیت من مال مخصوص، الّا ان یرید عدم التزامهم بالأداء، لا منه، و لا من غیره، و هو کما تری، مع عدم شرائط الاعتبار فیها، کما لا یخفی. و المسأله واضحه ان شاء اللّه لمن تأمّل فیما أشرنا إلیه، فتأمل تعرف.

[مسأله لو کان الخیار لأجنبی و مات]

قوله (قدس سره): (و من انّ ظاهر الجعل أو محتمله، مدخلیّه نفس الأصیل (۱)- إلخ-).

لا یخفی انه علی هذا یکون النّزاع صغرویّا، و علی الوجهین الأوّلین یکون کبرویّا، فلا بد من جعل محلّ النّزاع فی المسأله، أعم منهما، و إلّا فلا تأتی لهذا الوجه، أو الأوّلین منها. فافهم.

[مسأله و من أحکام الخیار سقوطه بالتصرف بعد العلم بالخیار]

اشاره

قوله (قدس سره): (لکن الأمر هیهنا أسهل، بناء علی انّ ذی الخیار إذا تصرف- إلخ-).

لا یخفی انّ البحث هیهنا فی مقامین: (أحدهما): انّ الفسخ لما کان

۱- و فی المصدر: مدخلیه نفس الأجنبی.

امرا تسبيبا، هل يكفى فى حصوله الفعل، أو لا بدّ فيه من القول، و هذا بخلاف الإجازه، فإنّها ليست إلّا نفس الرضاء و الإمضاء، فيمكن القول بحصولها بالفعل الكاشف عن الرّضاء دونه، و ان كان الأقوى كفايه الفعل فيه أيضا.

(ثانيها): دلاله تصرّف ذى الخيار فيما انتقل عنه أو إليه، بما لا يجوز الّا للمالك على الفسخ، أو الرّضاء. أما دلاله التصرف فيما انتقل اليه على الرضاء، فعله لعدم الانفكاك مثله عاده عن قصد ترتيب الأثر على البيع أو الشراء، و قصد انّه تصرف فى ملكه الحاصل ببيعه أو شرائه، و هذا عين الرّضاء به. و هذا بخلاف التصرف فيما انتقل عنه، فإنّه كما يمكن وقوعه بعنوان الفسخ، يمكن وقوعه عدوانا، أو فضولا، أو بشاهد الحال، أو غفله عن انتقاله عنه. و حمل فعل المسلم على الصحيح، لا يقتضى إلّا ترتيب اثر الصحيح شرعا عليه، لا اثر ما يتوقّف عليه صحته، كما حقّق فى محلّه. و ظهور الأفعال فى عدم الفضوليّه، أو كونها مع عدم الغفله، لو سلم، فلا دليل على اعتباره.

و أصاله عدم الخطاء فى الأقوال و الأفعال، لا يقتضى إلّا عدم صدورها خطأ، بحيث لو لا الخطاء لما صدرت، لا عدم صدورها عن قصد مع الغفله عما لولاها، لربما صدرت أيضا، و كذا الحال فى أصاله عدم شاهد الحال، فإنّها لا تثبت انّ التّصرف بقصد الفسخ، و لو على القول بالأصل المثبت.

فانقدح بذلك ان الأمر هيهنا، أشكل من حيث الصغرى و الكبرى، فلا بدّ فى الحكم بالفسخ من كون الفعل مكتنفا بقرائن مفيده لوقوعه فسخا، و بدونها لا يحكم به، لعدم إحراز قصده، بل يمكن دعوى عدم حصوله فى هذه الصّوره، و لو مع قصده لاعتبار الدّلاله فى حصوله، و عدم كفايه قصده، فتأمل جيدا.

[مسأله هل الفسخ يحصل بنفس التصرف أو يحصل قبله متصلا به]

قوله (قدس سره): (و من المعلوم انه لا يصان عنه الّا إذا وقع- إلخ-).

يمكن ان يقال: انّه على السببيّه لما كان الفسخ مؤخرا عن الفعل ذاتا و مقارنا له زمانا، كانت هذه المقارنه الزمانيه كافيه فى صيانه فعل المسلم، إذ لا يعتبر فى صحّته الّا وقوعه فى حال الملك، و عدم وقوعه قبله زمانا،

لاـ ذاتا، كيف، و إلّا يلزم على الكشف حصول الفسخ بمجرد قصده السّابق، و هو لا يكاد يحصل، و ان حصله به الإمضاء، لما عرفت انّه نفس الرّضاء بالبيع أو الشراء، و انّه ممّا يحصل بالمعاشره، بخلاف الفسخ، فإنه لا يكاد يحصل، الّا بالتّسبيب. فانقدح انّه لا ملازمه بين حصول الإمضاء بمجرد قصده و الرّضاء، و بين حصول الفسخ بمجرد القصد و الرّضاء. فلا تغفل.

قوله (قدس سره): (و البناء على كونه منفسخا من دون ان يدلّ عليها بفعل مقارن له- إلخ-).

لا يخفى انّ اعتبار دلاله الفعل على الفسخ فى حصوله، لا يكاد يصحّ، الّا على السببيّه، غايه الأمر حصوله بالتّصرف بنحو الشرط المتأخر من قبل وقوعه، فمع الالتزام بما اتّفقوا عليه، لا محيص عن الالتزام بها، كما لا يخفى.

قوله (قدس سره): (لان الفعل لا إنشاء فيه- إلخ-).

لا يحتاج الإنشاء إلى زياده مئونه، فإذا اختار الفسخ، و اراده بتصرفه الدال عليه، حصل كما يحصل بإرادته بلفظ يدلّ عليه، كما لا شبهه فى حصوله بالإشاره و الكتابه، و هما أيضا من الأفعال.

و ما حكاه من العلّامه فى بعض مواضع التّذكره، لا دلاله على الكشف بوجه، لملاءمته بكلا وجهيه مع السببيّه، لما عرفت من انّ عود الملك بالتصرف على السببيّه بنحو الشرط المتأخر بكون قبيل التصرفات. فافهم.

قوله (قدس سره): (و لو قلنا بحصوله بنفس الأفعال، فينبغى عدم صحه التّصرفات المذكوره- إلخ-).

قد عرفت مصادفتها لملك العاقد زمانا بكلا الوجهين فى اعتبارها و دخلها، من كونه بنحو الشرط المتقدم، أو الشرط المتأخّر.

قوله (قدس سره): (لأن صحه العقد حينئذ يتوقّف على تقدّم ملك العاقد (۱)- إلخ-).

بل يكفى مقارنته زمانا، و قد عرفت انّ التّقدم يكون على نحو السببيّه

۱- و فى المصدر: يتوقف على تقدم تملك العاقد.

بنحو الشـرط المتأخر، كما هو لازم ما اعترف به- قـدس سـره- ممّا اتّفقوا عليه من عـدم حصول الفسخ بمجرد القصد، من إراده دلاله الفعل عليه، كما أشرنا إليه، تأمّل تعرف.

قوله (قدس سره): (و إلّا لزم تقدّم وجود المسبّب على السبب- إلخ-).

لاـ بـأس بتقـدمه عليه، و لاـ ينخرم به القاعـده العقليّه، لمـا حققناه فى الفضولى، من انّ السـببيّه، و المسـببيّه، حقيقه فى الملك، و نحوها من الأحكام، و سائر الاعتبارات، بين الاعتبارات الطّاريه، و اعتبار ما يكون اعتباره مصححا لها، و يصحّ بلحاظ انتزاعها، أو موجبـا لحسن موضـوع، أو قبحه المتتبعين للحكم عليه، بإبـاحه، أو تحريم، أو إيجـاب، أو اسـتحباب، فراجع هنـاک، و إن أردت زياده بيان فعليک بالفوائد فراجع.

قوله (قدس سره): (فالوطى المحصّل للفسخ، لا يكون بتمامه حلالا- إلخ-).

قـد عرفت إمكان ان يقال: انه يكون بتمامه حلالا، لاقترانه مع الملكيّه فى الزّمان، و ان تقدّم عليها ذاتا. فقد انقدح بذلک التّوفيق بين حليه الوطى بتمامه، و حصول الفسخ به، لا حصوله بالقصد قبله، لوقوعه مع ذلک بتمامه فى حال الملک، فافهم.

[فرع لو اشترى عبدا بجاريه مع الخيار له فقال أعتقهما]

قوله (قدس سره): (و فيه انّ عتق العبد موقوف على عدم عتق الجاريه- إلخ-).

يمكن ان يقال: ان إمضاء العقـد، لما كان بمجرّد الرّضاء السّابق المنكشف بصـيغه عتق العبـد، بخلاف الفسـخ، فإنه يكون بنفس الفعل، كما عرفت مفصـلا، كان الإمضاء، سابقا على الفسخ، فلا يبقى مجال لنفوذ عتق الجاريه، فلا يزاحم به عتق العبد الواقع فى الحقيقه بعد الإمضاء، و لا مزاحم آخر. فتدبّر.

[مسأله من أحكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذى الخيار تصرفا يمنع من استرداد العين عند الفسخ]

اشاره

قوله (قدس سره): (فان الثّابت من الخيار (۱)، الفسخ بعد ملاحظه جواز

۱- و فى المصدر: فان الثابت من خيار الفسخ.

التّفاسخ- إلخ-).

يمكن ان يقال: ان الخيار و ان كان متعلّقا بالعقد، لا بالعين، الّا انّ قضيّه الفسخ كما عرفت، لما كان هو رجوع كل من العوضين الى من انتقل عنه، كان جواز الفسخ بحسب الخيار، مانعا عن جواز كل تصرّف يمنع معه الرّجوع. نعم لو دلّ دليل خاصّ على هذا التصرف، لدلّ على انّ أحد طرفى الخيار، و هو الفسخ، يكون بالمعنى الأعم من الفسخ الحقيقى، و حينئذ لا بدّ من اعتبار رجوع العين و تقدير ملكه لمن انتقل عنه، ليصح الانتقال الى البدل، و إلّا لم يكن الفسخ فسخا أصلا، بل معاوضه جديده كما لا يخفى. و عليه لا يجوز التصرفات الناقله.

و اما التصرف المتلف، فيمكن ان يقال: انه لا- ينافى الفسخ، فان التّالف يرجع الى من انتقل عنه، و يصير حاله معه، حاله مع المنتقل اليه قبل الفسخ، بحيث لو وجد على خلاف العاده، كان ملكا له، و قد علم منه حال التصرف المخرج له عن الماليه، كما إذا تصرّف فى الخلّ بما ينقلب معه حمزا لغرض صحيح، حيث يرجع اليه بالفسخ، كما إذا لم ينقلب، غايه الأمر، لا يكون قابلًا لإضافه الملكيه، فيصير له حقّ الاختصاص. فافهم.

و قد ظهر بذلك حال الوطى فى زمان الخيار، و انّه لا يجوز بناء على ان الاستيلاد يمنع من ردّ العين، و كذا حال الإجاره، و انها يجوز لعدم منعها عن الفسخ، تأمل فى المقام.

[فرعان]

[الثانى أنه هل يجوز إجاره العين فى زمان الخيار بدون إذن ذى الخيار]

قوله (قدس سره): (لأن أخذ البدل بالفسخ، فرع تلف العين فى حال حلول الحق فيه، لا مع سقوطه عنه- إلخ-).

لا يخفى انّه لا يخلو عن مصادره، فإنه لا وجه لسقوط الحق عن العين، بناء على ان الفسخ حقيقه يكون مع انتقال العين الى الغير، كما يظهر منه- قده-، و أثره الانتقال الى البدل، فان التّصرف حينئذ لا يكون منافيا له، كيلا يبقى مجال له، مع وقوعه عن إذن ذى الخيار. نعم بناء على ان الفسخ الحقيقى لا يكون معه، كما عرفت فيما مرّ غير مرّه، لا يبقى مجال له معه.

و من هنا انقدح انّه لا وجه لسقوط الخيار بمجرد الإذن فيه قبل

صدوره أصلا، الّا على الوجه الأوّل. فتأمل.

[مسأله المشهور أن المبيع يملک بالعقد و أثر الخيار تزلزل الملک]

قوله (قدس سره): (لعموم أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ (۱)، و أكل المال (۲)- إلخ-).

قد مرّ غير مره بأن مثل «أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ» فى بيان تحليل حقيقه البيع فى قبال حقيقه الرّبا، لا بصدد بيان إنفاذ السبب، مع انه لو كان بهذا الصّدد، لا إطلاق فيه. بل انما كان بصدد بيان اعتبار عدم التّفاضل فى الأجناس الربويّه، ردعا لقولهم «إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبا» (۳) كما لا يخفى.

و من هنا انقدح حال «إِلّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» (۴) حيث انّه انّما بصدد صرف النّاس عن الأكل بالباطل إلى الأكل بالحقّ، و هو الأكل بالتجاره عن تراض. من دون ان يكون فى بيان السبب، مع انه لو كان المراد بالتّجاره سببها، لا إطلاق فيها، لما عرفت من انّه بصدد الصرف الى هذا السبب، لا بصدد بيانه فافهم.

قوله (قدس سره): (و يدل عليه لفظ الخيار فى قولهم (ع) «البيّعان بالخيار (۵)- إلخ-).

بناء على ظهوره فى ملك الفسخ، بمعنى حلّ العقد المنعقد المؤثر فى مضمونه، لكنه يمكن منع ظهوره، بل بمعنى ما كان للموجب قبل القبول من إبطال الإيجاب. سلّمنا انه بمعنى ملك فسخ العقد، لكنه ليس الّا حلّه و رجوع الأمر، كما كان قبله، كأنه لم يكن عقد فى البين أصلا، فتأمل.

قوله (قدس سره): (فحينئذ فيمكن ان يكون سؤال السائل (۶) من جهه (۷) ركوز مذهب الشيخ- إلخ-).

و الظاهر أنّ سؤاله من جهه تخيّل انّه كيف يكون اشتراء ما كان له

۱- البقره: ۲۷۵.

۲- النساء: ۲۹.

۳- البقره: ۲۷۵.

۴- النساء: ۲۹.

۵- وسائل الشيعه: ۱۲- ۳۴۵- ب ۱- ح ۱.

۶- وسائل الشيعه: ۱۲- ۳۵۱- ب ۵- ح ۱.

۷- و فى المصدر: فحينئذ فيمكن ان يكون سؤال السائل بقوله اشترى متاعى من جهه ركوز مذهب الشيخ.

و قد باعه. فتدبّر.

قوله (قدس سره): (توضيح الضّعف انّ مدلول العقد ليس هو الانتقال من حين العقد- إلخ-).

و إلّا لزم ان يكون الانتقال من حين الإيجاب، فإنّ القبول، هو قبول الإيجاب و مطاوعته، لكنه ليس بمبهم، و مهمل، بل مطلق، و مرسل، قد لوحظ فيه الإطلاق و الإرسال، و ان لم يعيّن لأوّله و لا لآخره حدّ و زمان، كما مرّ فى الفضولى، و فى عقد المكره. فراجع.

قوله (قدس سره): (و فيه انّه لم يعلم من القائلين بتوقّف الملك على انقضاء الخيار القول- إلخ-).

مع انّه لو علم، فالظاهر من النبوى (۱)، كون مضمونه قاعده جديده على خلاف القواعد العامه، و لذا استدلّ به على عدم ضمان الغاصب للعين بمطلق منافعها، استوفاها، أولا. و قد مرّ للنبوى معنى أخر، فتذكّر.

قوله (قدس سره): (فيدلّ بضميمه قاعده كون التلف عن المالك- إلخ-).

مضافا الى قوله (عليه السلام) فى صحيحه ابن سنان (۲) «و يصير المبيع للمشترى» الظّاهر فى انّه ليس له قبل الانقضاء، ان لم نقل بأنّه من المتعارف، سلب كون الشّى ء لأحد، إذا كان ملكه له فى معرض الزوال، كما ربّما يؤيده، انّه لا يبعد دعوى ظهور هذه الأخبار فى مضمون جديد، على خلاف القواعد، لا بيان مجرد خساره المال على ملكه، فتأمل جيدا.

۱- التاج الجامع للأصول: ۲- ۲۰۴ (كتاب البيوع).

۲- وسائل الشيعه: ۱۲- ۳۵۲- ب ۵- ح ۲.

[مسأله و من أحكام الخيار كون المبيع فى ضمان من ليس له الخيار فى الجمله]

قوله (قدس سره): (فان ظاهر قولهم: التلف فى زمان الخيار- إلخ-).

لا دلاله لإضافه الضمان الى الخيار، الى كون الزمان، الزمان الذى هو حدّ الخيار و أمده، كى يكون الخيار زمانيا، بل الزّمان الذى يكون فيه الخيار، كما لا يخفى.

قوله (قدس سره): (مضافا الى استصحاب ضمان المشترى له الثابت قبل القبض- إلخ-).

هذا بناء على ضمان المشترى قبل قبض الثمن، كالبائع للمثمن قبل قبضه، كما سيجى ء. و كون الضمان فى زمن الخيار، بمعنى الضمان قبل التلف، و فيه بحث، كما يأتى، و إلّا فلا مجال للاستصحاب، لعدم الحاله السابقه، أو لارتفاعها جزما، كما لا يخفى.

قوله (قدس سره): (مدفوع بما أشرنا سابقا من منع ذلك- إلخ-).

و ان شرط ردّ الثمن، أو مثله، انما هو شرط التّخاير، لا الخيار، لكنه لا يخفى انه يختلف بحسب ما تقاولا عليه و تراضيا من الشرط، و إلّا فالشرط صالح لان يكون لنفس الخيار أيضا، فافهم.

قوله (قدس سره): (و دخول الفرد فى ملك المشترى، لا يستلزم انفساخ العقد- إلخ-).

فيما إذا تلف فى زمن خياره، غايته انه يستلزم ان يكون حاله كما إذا لم يدخل فى ملك المشترى، فيبقى الكلى الذى هو محط العقد على حاله، هذا، لكنه يمكن ان يقال: ان الكلى بعد انطباقه على الفرد، و تعيّنه فى الخارج فى ضمنه، صار المبيع بذلك شخصا خارجيّا، كان العقد وقع عليه، فاذا كانت قضيّه قاعده التّلف فى زمن الخيار، انفساخ العقد فى بيع الشّخصى كانت قضيّتها ذلك فى بيع الكلى، حيث كان تلفه على من انتقل عنه، كما إذا لم يكن هناك بيع، لا كما إذا لم يكن قبض، ضروره ان الكلى بعد ما عيّن فى الخارج، و فرغت الذّمه عنه، و تلف الفرد المنطبق عليه المبيع الكلى من مال من انتقل عنه، كما هو قضيّه القاعده، حسب الفرض، لا يكاد يوجد هناك موجب لاشتغال الذّمه به ثانيا، كى يكون العقد باقيا على حاله، و لعلّه أشار

إليه بأمره بالتأمل، فتأمل.

قوله (قدس سره): (انّ هذا ظاهر الأخبار المتقدمه الدّاله على ضمان البائع (۱)- إلخ-).

لا- يخفى ان ظاهر لفظ الضمان فى بعض تلك الأخبار، ظاهر فى كون المبيع على عهده البائع فى مده خيار المشترى، كما هو المتعارف منه فى غير مورد من موارد قواعده من اليد، و الإتلاف و التغرير، و قاعده عدم ضمان الشخص لما يتلف فى ملك مالكه، ليس قضيّتها الّا ان الأصل عدم ضمانه له بلا موجب، و تلك الأخبار دلت على ان الشراء بالخيار، يكون موجبا له، كدليل اليد، و الإتلاف و التغرير، فلا يكون الضمان بسببه مخالفا لهذه القاعده أصلا مثل دليلها، فافهم.

و قاعده التلازم بين الضمان و الخراج أيضا، لو سلمت بمعنى ينفع الخصم، كانت مثل القاعده السابقه، فى انّ خساره المال على مالكه، كما أنّ منافعه له فى نفسه، لو لم يكن هناك ما يوجب ان يكون خسارته على غيره، أو منافعه له، و ذلك لا ينافى فى التفكيك بينهما، بموجب دلّ دليله، إمّا على انه يوجب كون خسارته على الغير، أو منافعه له، كأدله موجبات الضمان، أو دليل نفوذ مثل عقد الإجاره، و قد عرفت ان تلك الأخبار (۲) تدل على ضمان البائع، لمال المشترى فى زمان الخيار، و كون التّلف فى زمانه، موجب لضمانه، مع انّه مخالفه هذه القاعده لازمه لا محاله. و تقدير كون المبيع فى ملك البائع آنا ما، مع انه مخالف للأصل، لا يكاد يصار اليه الّا بالحجه، و لو كان هو الجمع بين القاعدتين اللّتين لا يكاد يوفق بينهما، إلّا بذلك، و ليس هيهنا مثل ذلك، لما عرفت من ان النّسبه بين تلك الأخبار و القاعدتين، هو النّسبه بين الدّليل و الأصل، لا يجدى فى رفع المخالفه لقاعده التّلازم، ضروره انّ الضّمان الذى هو عباره عن مفاد قضيّه شرطيّه، لو تلف كانت عليه خسارته فى تمام الزمان، و تقدير الملك انّما هو فى الآن، فالتّفكيك كان بين الضّمان

۱- وسائل الشيعه: ۱۲- ۳۵۵- ب ۸.

۲- وسائل الشيعه: ۱۲- ۳۵۵- ب ۸.

و المنافع فی غیر الان من زمان الخیار.

نعم لو فرض له منافع فی ذاک الان، و قیل بأنه للبائع، حینئذ، لم یکن تفکیک بینهما فی هذا المقدار، فلا یکاد یجدی القول بانفساخ المعامله، مع انه علی خلاف القاعده فی عدم انخرام القاعده. نعم انما یجدی فی عدم انخرام قاعده عدم ضمان الشخص لما یتلف فی ملک غیره، و قد عرفت انّه لیس الّا من قبیل الأصل المخرج عنه بتلک الأخبار، فکیف صحّ الالتزام بالانفساخ علی خلاف القاعده، لمراعاه مثله.

و ممّا یؤیّد انّ الضّمان فی الأخبار، یکون بمعنی العهده لمال الغیر، کما فی غیر مورد من الموارد، لا بمعنی انفساخ العقد، و تلفه من مالکه، شمول هذا الأخبار بالعموم، کما هو صریح بعضها لتلف بعض الصفات، کالصحه فی زمن الخیار، مع انّه لا معنی لانفساخ العقد فیها، لما عرفت من عدم کون شی ء من الثمن بإزائها، و ان کان بملاحظتها یزداد فیه، کما لا یخفی، فتأمل جیدا.

قوله (قدس سره): (و علی التقدیرین فی ضمان (۱) المتلف- إلخ-).

الّا أنّه علی التقدیر الثّانی، لا یکون ضامنا للفاسخ، لعدم کونه ملکا له فی ذاک الحال، بل ملکا لغیر ذی الخیار، فیکون ضامنا له، فلا وجه لرجوع الفاسخ الیه الا بضمیمه ما ذکره أولا، کما لا یخفی. و علی التقدیر الأول، و ان کان ضمان المتلف بالفسخ یصیر له بعد ما کان لغیره، الّا انه لا وجه لهذا التقدیر أصلا، فإن الفسخ من حینه، و قضیته انّما هو رجوع ما انتقل عنه إلی الأخر بعینه أو ببدله منه الیه، و بالعکس، بان یکون کل واحد متلقّیا عن الأخر، لا عن الغیر، و بذلک ظهر فساد ما ذکره أولا، کما یشیر الیه، فافهم.

[مسأله قال فی القواعد لا یبطل الخیار بتلف العین]

قوله (قدس سره): (لان الخیار کما عرفت، عباره عن ملک فسخ العقد- إلخ-).

الخیار فان کان فی لسان الأصحاب، هو ذلک. إلّا انّه المراد من

۱- و فی المصدر: و علی التقدیرین فهو فی ضمان المتلف.

لفظ الخيار فی الاخبار، غير معلوم، لاحتمال ان يراد به فيها، جواز استرداد العين بالفسخ، فيشكل التّمسك بمثل «البيّعان بالخيار» (۱) و لا مجال للاستصحاب بعد التّلف أصلا، لعدم ثبوت الفرد و الكلّى، و ان ثبت، الا ان استصحابه لا يجدى الّا على القول بالأصل المثبت، حيث ان جواز الفسخ بعد التلف ليس من آثاره، بل من آثار فرده.

[مسأله لو فسخ ذو الخيار فالعين فی يده مضمونه]

قوله (قدس سره): (لأنها كانت مضمونه قبل الفسخ- إلخ-).

ظاهر العباره، كما هو صريح سائر العبارات، انّه- قده- أراد من الضمان قبل الفسخ، ضمان اليد، و أنت خبير بأنّه ليس ضمان ما صار الى كل من المتبايعين من العوضين، ضمان يد، بل هو ضمان معاوضه بمعنى خسارته عليه، و تلفه من ماله بعوض ما انتقل عنه بالعقد إلى الأخر، و صار خسارته عليه كذلك، و بالفسخ قد ارتفع ذاك الضّمان قطعا، فلا مجال لاستصحابه، فلو كان للفاسخ يد عليه حين الفسخ، فعموم «على اليد» (۲) مقتضى لضمانه فيما إذا لم يكن التّخليه بينه و بين المفسوخ عليه، و الّا كان أمانه شرعيه، حيث كان حفظه حينئذ، مجرد إحسان إليه، فتأمل.

[القول فی النقد و النسيئه]

[مسأله إطلاق العقد يقتضی النقد]

قوله (قدس سره): (و قوّى الشهيد الثانی ثبوت الخيار مع الإطلاق أيضا- إلخ-).

وجهه انّ الإطلاق أيضا يقتضى التّعجيل مثل اشتراطه، و فيه ان وجوب الخروج عن العهده مع المطالبه فی صوره الإطلاق انما هو آثار الملكيه المطلقه الحاصله بالعقد و أحكامه فالتأخير مع المطالبه، انما هو مجرد مخالفه تكليف، كما إذا غصب ما باعه، لا التخلّف عن حق ثابت للغير، فی عرض الملكيه الثّابته له بنفس العقد، كما فی صوره الاشتراط، فلا يكون تخلّف الشرط، إلّا فی هذه الصوره.

۱- وسائل الشيعه: ۱۲- ۳۴۵- ب ۱- ح ۱.

۲- مستدرک الوسائل: ۳- ۱۴۵.

و من هنا ظهر انّ شرط التّعجيل لا يخلو عن تأسيس، و انما يكون مؤكدا بملاحظه وجوب الخروج عن العهده معجلًا مع المطالبه، فافهم.

[مسأله يجوز اشتراط تأجيل الثمن مده معينه]

قوله (قدس سره): (و من الأجل المضبوط و حلوله بموت المشترى، و هو أقرب- إلخ-).

لا يخفى انّ حلول الأجل بالموت من أحكام صحه البيع و آثارها، فلا يكاد يمكن ان يكون صحته بملاحظته أصلا.

و بالجمله لا بد ان يكون البيع فى نفسه، غير سفهى، و جامعا للشرائط، و فاقدا للموانع، ليقع صحيحا، فترتب عليه أحكامه و آثاره، فلا يجدى فى ذلک حلول الدين بالموت، فما قرّبه بعيد جدا، و ما ذكره- قده- فى وجه أقربيّته انّما يصحّ، لو كان البيع فى نفسه غير سفهى، لا بملاحظه الحكم بالحلول، فتدبر جيدا.

قوله (قدس سره): (حيث ان الشارع أسقط الأجل بالموت، و الاشتراط المذكور، تصريح ببقائه بعده- إلخ-).

لا يخفى ان حكم الشارع بحلول الأجل، لا يكاد يكون الّا فيما كان هناک بحسب الاشتراط أجل، فالاشتراط المذكور محقق لموضوع الحكم بالحلول، لا انّه ينافيه و يكون على خلافه. نعم لو كان الشرط بقاء الأجل و عدم حلوله بالموت، كما جعله الشارع، كان على خلاف جعله، فكان فاسدا، بل مفسدا، كيف، و الّا لزم ذلک، و لو فيما إذا اشترطا ما يحتمل بقاء المشترى عاده، فيما إذا لم يبق و مات، بل مطلقا، كما لا يخفى على من تأمّل.

[مسأله لو باع بثمن حالا و بأزيد منه مؤجّلا]

قوله (قدس سره): (و لو باع بثمن حالا، و بأزيد منه مؤجّلا- إلخ-).

يحتمل ان يقع ذلک على وجوه:

أحدها: الترديد بين إيجابين، إيجاب البيع نقدا بثمن، و إيجابه نسيه بأزيد منه، ليقبل المشترى أحدهما. و لا يبعد دعوى الإجماع على بطلانه، مضافا الى انّ الترديد بين الإيجابين، مستلزم للتّرديد بين العوضين، و الجهاله فى انّه بأيّهما يقع التّمليک، و يكون بمنزله انّه بعته بما اخترت من أحد هذين الشيئين، و الغرر و الجهاله فى مثله، مما لا يخفى.

ثانيها: إيقاعه نسيه، مع اشتراط التّنزيل، و إسقاط شى ء من الثمن على تقدير أدائه حالا، و لا ينبغى الإشكال فى صحّته، لأن الشرط أمر سائغ، و لا يبعد تنزيل بعض الأخبار عليه.

ثالثها: إيقاعه نقدا بثمن، مع اشتراط زياده عليه، على تقدير عدم وفائه به الى أجل كذا، و لا شبهه فى بطلان الشرط، لأنّه من الرّبا، كما يأتى. و امّا البيع ففساده مبنى على كون فساد الشرط يفسد، و قد تقدّم الكلام فيه، و لا يبعد أن يكون بعض الأخبار (۱) الدّاله على الأخذ بأقل الثمنين و أبعد الأجلين منزلا على ذلك، بان يكون المراد انّه لا يلزم الّا بالأقل، و لو لم يؤدّه إلّا فى أبعد الأجلين.

قوله (قدس سره): (بل هى فى مقابل إسقاط البائع حقّه من التّعجيل- إلخ-).

قد عرفت ان التّعجيل ليس بحق، بل وجوبه مع المطالبه من آثار الملكيّه الحاصله بالعقد، فلا يسقط بالإسقاط مطلقا، بالعوض أو بدونه.

و عليه و ان لم يستحق البائع، الزياده، الّا انّه له المطالبه. نعم يمكن توجيه كلام الشهيد- ره- بان يكون البيع بالأقل، و قد شرط فى ضمنه الزّياده على المشترى، و التأخير له مع المطالبه، كل على حده، فإذا فسد الشرط الأول لكونه الرّبا، بقى الشرط الأخر على حاله، لعدم الملازمه بينهما، كما لا يخفى، الّا على القول بفساد العقد، لفساد شرطه، و لا يذهب عليك انّه لا يرجع هذا إلى إسقاط حقّ المطالبه، بل هذا يكون قضيّه اشتراط التأخير له، فافهم.

[مسأله لا يجب على المشترى دفع الثمن المؤجل قبل حلول الأجل و إن طولب]

قوله (قدس سره): (و يمكن تعليل الحكم بأن التّأجيل كما هو حق للمشترى- إلخ-).

لا يخفى انّه لا يساعد الشّرع و لا العرف، على كون التّأجيل منشأ لانتزاع اعتبار أخر غير الملكيّه، لما فى ذمّه المشترى مؤجّلا، على ما هو ظاهر المشهور، أو الملكيه بعد الأجل، كما هو المحتمل، غايه الأمر حكم مثل هذا

۱- وسائل الشيعه: ۱۲- ۳۶۷- ب ۲- ح ۲.

المال، عدم وجوب قبوله على مالكه، كما لا يجوز له مطالبته، و هو غير ثبوت حقّ له قابل للإسقاط و الصّلح، بل لا يساعدان على انتزاعه للمشترى أيضا، بل جواز تأخيره مع المطالبه إلى الأجل، حكم تعهدّه مؤجّلا، و لذا لا يسقط بإسقاطه.

و بالجمله ثبوت حقّ فى بين يحتاج الى ثبوت موجب له، و لا دليل عليه، و مع الشک فالأصل عدمه، و جواز تأخيره مع المطالبه، كجواز عدم القبول مع التّبرع بالدّفع، لا دلاله على ثبوت الحقّ، لأنهما أعم، و اما الدليل على جواز عدم القبول مع ثبوت حق له فى التّأخير، فهو عدم دليل على لزومه.

و من هنا ظهر ما فى تعليلاتهم، لعدم السقوط بالإسقاط، بل وجهه ان جواز التأخير مع التّأجيل، صرف الحكم لا يسقط بإسقاط من له الحكم.

ان قلت: كيف ذا، و التأجيل بجعله و شرطه، و الشرط قابل لذلک، اى السقوط بالإسقاط، و الّا لما سقط الخيار الحاصل بالشرط.

قلت: نفس الاشتراط لا يكاد يسقط إلّا بإسقاط المشترط لخروجه عن تحت قدرته، لمكان «المؤمنون عند شروطهم» (1)، و لا بإسقاط المشترط له، لعدم سلطنته لأحد على حد التزام غيره بعقد أو شرط. نعم ان كان المشروط حق، كان له إسقاط ذاک الحق، كما انّه إذا كان بالشرط له، ملک عين، أو عمل، أو دين، كان له ذاک، و يترتب ماله من أحكامه و آثاره. و هيهنا بالشرط صار له نفس التأخير، فجاز له تركه، و التّبرع بالتّعجيل، لا حقّه، كى جاز له إسقاط، مع إمكان منع كون التأجيل بشرط فى ضمن البيع، بل البيع نسيه نحو من البيع، خصوصا لو قيل بما أشرنا إليه من الاحتمال.

ثم لا يخفى انّه لا ينافى ذلک اشتراط شى ء فى ضمن عقد أخر، كان اثر، وجوب التعجيل مع المطالبه. فتدبر.

قوله (قدس سره): (امّا لو تقابلا فى الأجل، فإنه يصحّ- إلخ-).

بل لا يصح، فإنه راجع الى ان يكون ما أوقعاه من نحو البيع نحو أخر،

1- مستدرک الوسائل: ۲- ۴۷۳.

لما عرفت من منع كون الأجل شرطا فى البيع، بل يكون حدّا له، و من مخصّصاته نوعا أو صنفا، مع منع جريان التّقابل فى الشرط، و كون التّقابل بمعنى إسقاطهما ما لهما من الحق، كما يأتى منه- قده-، فيه ما ذكرنا انّه ليس هناك حق قابل للإسقاط أصلا.

قوله (قدس سره): (فلا يعود الحق بإسقاط التأجيل- إلخ-).

فيه انّه يمكن ان يقال: لو سلّم، فقضيّته ليس الّا عدم إعاده حقّ المطالبه السّاقط بإسقاطه، لا جوازها الذى هو صرف حكم، فإنّه غير ساقط، و انما لم يكن لانتفاء موضوعه، و بإسقاط حقّ التأجيل قد وجد أيضا له موضوع، فإنه أعمّ، فافهم.

قوله (قدس سره): (لأنّه حق واحد يتعلّق بهما، فلا يسقط إلّا بإسقاطهما- إلخ-).

لا يقال: انّ وحده، الحق و كونه لاثنين لا يمنع عن إسقاط أحدهما فيصير عما إذا لم يكن الّا للآخر، كما فى الحق الذى ورثه جماعه.

فإنّه يقال: وحدته انما لا تكون بمانعه فيما إذا كان المتعدد فى طرف واحد، لا فيما إذا كان كل واحد من المتعدد مما له و عليه. لكنه لو لم نقل بأنه موجب لتعدده أيضا، فتدبر.

[مسأله إذا كان الثمن بل كل دين حالا أو حل وجب على مالكه قبوله عند دفعه إليه]

قوله (قدس سره): (و توهم عدم الإضرار و الظلم، لارتفاعه بقبض الحاكم- إلخ-).

لكنه يمكن ان يقال: انّه لا إضرار و لا ظلم إذا كان المعتبر فى وفاء الدّين، قبول الدّائن ما عينه المديون، و عدم كفايه مجرد التّعيين و التّخليه بينه و بينه، لعدم مزاحمته له فى حق، و لا عين، و لا نفس، و هو أيضا مسلط على نفسه، غايه الأمر ان يكون بقاء الدّين فى ذمته ضررا عليه، لكنه قد أقدم عليه، حيث كان ممّا يدوم بنفسه إذا حدث بسببه الذى اتى به، و لو سلّم عدم إقدامه الّا على حدوثه إلى الأجل، فقاعده نفى الضرر مقتضيه لنفى ما هو حكمه لولاه، من اشتراط تحقق الوفاء الواقع له بقبول الدّائن، فيستقلّ بالوفاء بالتّعيين و التخليه، مع إمكان ان يقال: بكفايه ذلک مع الإغماض عن هذه

القاعده، فلا تصل النّوبه إلى إجبار الحاكم أو قبوله، من جهه كونه وليّ الممتنع، مع انه لو سلّم انه امتنع عمّا يجب عليه فتصدى الفقيه له، مبنى على عموم الولايه فى زمن الغيبه، و الّا فلا بد فى تصدّى الفقيه و غيره، من إثبات ان هذا الأمر ممّا لا يجوز إهماله على كل حال، كما هو الحال فى حفظ أموال القاصر الذى يكون بلا ولى، و الأوقاف التى تكون بلا متولّى، و الاقعايه الأمر يجب من باب الأمر بالمعروف فى الجمله، حمله على القبول.

و من هنا انقدح ما هو طريق تفريغ ذمه المديون من الاستقلال بالتّعيين و التخليه فيما جاز له، و لو بملاحظه قاعده نفى الضرر، لا ما أفاده- قده- فإنّه مستلزم للقول بخلاف غير واحد من القواعد، ضروره أنّ التّفريغ بدون الوفاء و الإبراء، و تلف ما عيّنه على الدّائن مع بقائه على ملكه، و صيرورته متعلّقا لحق له كحق الجنايه، أو تقدير ملكه له آنا ما قبل التلف، الى غير ذلك، كلها على خلاف القاعده، لا يصار إلى واحد منها الّا بدليل. و لا يمكن ان يقال بدونه شرعا، و إن أمكن ثبوته واقعا، فافهم و تأمل فى أطراف ما ذكرناه.

قوله (قدس سره): (لكن فيه ان تضرره انما يوجب ولايته على القسمه- إلخ-).

يمكن ان يقال: تضرّر الشريك بالقسمه، إنّما يمنع عنها لو لم يكن الضّرر متوجها ابتداء اليه، و امّا معه فلا وجه لأن يزاحم به ضرر شريكه.

و من الواضح أنّ الضرر هيهنا متوجّه اليه، و بتبعه يرد الضرر على شريكه لو لا القسمه، تضرره اولى بالمراعات من ضرره، كما قرر فى محله. فتأمل.

[مسأله إذا ابتاع عينا شخصيه بثمن مؤجل جاز بيعه قبل حلول الأجل و بعده]

قوله (قدس سره): (و فى دلالتها نظر- إلخ-).

لعل وجهه عدم ظهور الروايه فى الشراء، فضلا عن شراء ما باع. بل ظاهر فى جواز أخذ غير ما عليه من الدّراهم وفاء عنها، و الكلام انما كان فى المنع عن شراء ما باع فى الجمله إلّا عن أخذه أو مثله وفاء، فافهم.

قوله (قدس سره): (و فيما تقدم عنه فى النّهايه- إلخ-).

لكنه عليه لا وجه لغير واحد من القيود الّتى أخذها فى موضوع ما

ذكره فيها من المسأله، كما لا يخفى. فتأمل.

قوله (قدس سره): (الّا ان يقال: أخذ الرهن على الثمن و التضمين عليه- إلخ-).

لا يخفى انّ كون شى ء من توابع البيع و مصالحه، لا ينـدفع به محذور الدّور، حتّى يجوز اشتراطه لأن المنع عنه على تقدير لزوم الـدّور عن اشـتراطه عقلى، و التبعيّه لا- ترفع التّوقـف عن واحـد من الطرفين، ضـروره توقـف الرّهن على الـبيع المتوقف عليه مع اشتراطه، فالنقض به على حاله، و الحلّ و هو عـدم توقّف ملكيّه البائع على بيعه، مشترك. و لعلّ توهّم التوقّف إنّما نشاء من جهه إطلاق الشـرط على ما شـرط، و توقّف المشروط على الشرط واضح، و الغفله عن انّ ذاک التّوقف إنّما هو على الشرط الذى هو من اجزاء العله، و ما هو من أجزائها انّما هو نفس الاشتراط بالبيع، بناء على كونه قيدا للمطلوب الواحد، و انّ فساد الشرط يوجب فساد العقد، و هو حاصل و قد اثر، لا ما اشترط به، كما لا يخفى.

و امّا بناء على تعدّد المطلوب، فهو أيضا ليس من اجزائها. نعم هو من اجزاء عله مرتبه من المطلوب، فافهم.

قوله (قدس سره): (بل لأجل الالتزام به سابقا فى متن العقد أو قبله- إلخ-).

بـل لأجـل الاـلتزام لاـ حقـا، و إلاـ فلو كان لأجل الالتزام به سابقا من دون إلزامه به من أحـد، لم يكن بيعه أو شـرائه بغير طيبه و رضاه، و ان كان لولا التزامه به، لما كاد يبيع أو يشترى بطيبه.

و بالجمله الطّيب المعتبر فى صـحه المعامله، ما حصل له من الدّاعى، لأجل الوفاء بوعد، أو التزام، أو رفع ضـروره، الى غير ذلک مما كان فى مقابله الإكراه عليها، كما لا يخفى. و منه قد انقدح ما ينبغى ان يحمل عليه خبر على بن جعفر (۱)، فتدبّر.

۱- وسائل الشيعه: ۱۲- ۳۷۱- ب ۵- ح ۶.

قوله (قدس سره): (و عدم طيب النفس لا يقدح، الّا مع عدم لزوم الوفاء شرعا- إلخ-).

بل يقدح، و لو مع لزوم الوفاء شرعا، كما إذا كان بيعه مع بإلزام، أو إكراه من أحد، بتوعيد و وعيد على عدم اقدامه، فباع لذلك، غايه الأمر مع لزوم الوفاء، ربّما يجوز للحاكم إجباره عليه فيما إذا امتنع عنه، أو توليه عنه، لو قيل بعموم ولايه الحاكم، كما أشرنا إليه سابقا، و هو غير انّه لا يقدح عدم طيبه مع لزوم الوفاء عليه، كما لا يخفى على المتأمل، فتأمّل.

[القول فى القبض]

[مسأله اختلفوا فى ماهيه القبض فى المنقول]

قوله (قدس سره): (اختلفوا فى ماهيه القبض فى المنقول- إلخ-).

الظاهر ان لا يكون اختلافهم فى ماهيه القبض شرعا، بل كان فيما يتحقق به خارجا، بعد الاتفاق على انّه أمر واحد، و مفهوم فأرد، كالاستيلاء، و التمكن من التّصرف فيه بما شاء لغه و شرعا. و انّه كما يتحقّق فى غير المنقول بالتّخليه بلا خلاف، يتحقق بها فى المنقول، أو لا بدّ معه من النّقل و التحويل، أو الوضع فى اليد، أو غير ذلك مما ذكروه. و ذلك لبعد أن يراد منه شرعا، غير ما هو معناه لغه و عرفا، و ان يكون فى المنقول غير ما هو فى غيره، مع اختلافهم فى تعيينه. و هذا بخلاف ان يكون الخلاف فى محقّقات معنى، فإنّه لا بعد أصلا فى اختلاف المحققات بحسب الانظار، كما انّ اختلاف المنقول و غيره كذلك، أو واقعا، كما لا يخفى.

مع انّه لا يبعد ان لا يكون اختلافهم فيها أيضا، بل فى العباره لأجل المسامحه، كما هو المحتمل فى اختلاف عبارات أهل اللغه، أو ان يكون لأجل اختلاف الموارد فيما يعتبر فيها من فعل القابض، أو المقبض. أو اختلاف حكم الوضع و التّكليف، و لو فى مورد واحد. و بأحد هذه الوجوه على سبيل منع الخلو يمكن منع التوفيق بين الكلمات، و الجمع بين ما وقع منهم فى الموارد من الشتات.

و بالجمله لا بدّ فى كلّ باب من ملاحظه الدّليل، و الاقتصار حينئذ مع إجماله على اعتبار ما اجمع عليه الأصحاب فى ذاك الباب. و الرجوع فيما شك فى اعتباره إلى الإطلاق أو العموم، لو كان، و إلّا فإلى ما هو الأصل بحسب

التّكليف و الوضع. فتأمّل.

قوله (قدس سره): (فقد اعترف غير واحد بأنّه تعبّد، لأجل النصّ (۱) الذى ادعى دلالته عليه- إلخ-).

مع انّ المنع عند بمكان من الإمكان، فإنّ الظاهر أنّ الاخبار بعد التّوفيق بينها، كما يظهر بالتأمل فيها، بإرجاع المنع عن البيع قبل الكيل أو الوزن، الى المنع عن البيع قبل القبض، لأجل الملازمه بحسب الغالب المتعارف بينهما، و انّه لا يكاد ينفكّ الكيل أو الوزن عمّا يتحقّق به القبض عاده، كما لا يخفى، انّما يكون بصدد المنع عن البيع قبل القبض تكليفا، حرمه، أو كراهه، أو وضعا، كما يأتى تفصيله فى بعض مسائل أحكام القبض، لا فى بيان اعتبار الكيل أو الوزن فى القبض، أو كفايته فى قبض المكيل أو الموزون، كما يظهر بالتأمل فيها.

[فرعان]

[الأول لو باع دارا أو سفينه مشحونه بأمتعه البائع و مكنه منها كان قبضا]

قوله (قدس سره): (فالنّقل عن زاويه إلى أخرى بغير اذن البائع، لا يكفى لجواز التّصرف).

لا يخفى انّه لا يكاد يتم الّا فيما لا يصحّ بيعه بدون القبض كالصرف، و إلّا فجواز التّصرف فى المبيع بالبيع، و الشراء، و غيرهما، لا يتوقف على القبض أو الإقباض، لحصول الملك بالعقد، و بناء على القول بعدم حصوله به، بل بانقضاء زمن الخيار، لا يكون القبض كافيا لجواز التصرف، فتأمّل جيدا.

[الثانى لو كان المبيع مكيلا أو موزونا فلا يخلو إما أن يكون قد كيل قبل البيع أو وزن أو لا]

قوله (قدس سره): (و بالجمله فليس فى الصحيحه (۲) تعرض لصوره كيل الشى ء أولا قبل القبض- إلخ-).

كما لا تعرّض لهذه الصوره فى سائر الأخبار، لانصرافها عنها. فلا بد فى الصوره مما هو القبض فى غير المكيل و الموزون. هذا لو قيل بدلالتها على اعتبار الكيل و الوزن فيهما تعبدا، و قد عرفت عدم دلالتها على ذلك.

۱- وسائل الشيعه: ۱۲- ۳۸۹- ب ۱۶- ح ۱۱ و ۱۲.

۲- وسائل الشيعه: ۱۲- ۳۸۹- ب ۱۶- ح ۱۱.

[القول فی وجوب القبض]

[مسأله یجب علی کل من المتبایعین تسلیم ما استحقه الآخر بالبیع]

قوله (قدس سره): (لاقتضاء العقد ذلک- إلخ-).

بـل لاقتضـاء الملکیّه مطلقـا لـذلک مع المطالبه، من دون خصوصـیه لحصولها بالعقـد، ضـروره عـدم کون مضـمونه الّا التّملیک بالعوض، و عـدم اقتضاء وجوب الوفاء به، الّا تحقق التملیک کذلک، کما عرفت، الّا ان یدعی انّ مبنی عقد البیع، علی التّقابض، و الـتزام کـل منهمـا علی التسلیم، و هـو کمـا تری، ضـروره انه لاـ یکون فی ضـمن العقـد الـتزام لو لم یکن وجوب التسـلیم من الأحکام.

و منه انقـدح انه لاـ یکون لکـل منهما علی صاحبه حقّ غیر ما حصل له من الملک، کما یظهر من التـذکره، الّا ان یکون مسامحه فی العباره، و قد عبّر بها عمّا هو قضیّه الملکیه، فافهم.

قوله (قدس سره): (و لعل الوجه فیه ان عقد البیع- إلخ-).

بـل لعـلّ الوجه کون ذلـک من الأحکـام عرفـا، قـد أمضاه الشارع بعـدم الردع، من دون ان یکون فی البین اشتراط و التزام، کما عرفت. و منه قد انقدح وجه عدم جواز الحبس فیما إذا کان أحدهما مؤجّلا.

[مسأله یجب علی البائع تفریغ المبیع من أمواله مطلقا و من غیرها فی الجمله]

قوله (قدس سره): (فإنّ إطلاق العقد کما یقتضی أصل التّسلیم- إلخ-).

قـد عرفت الإشـکال فی اقتضـاء العقـد لـذلک، بـل یکون وجه وجوب التفریغ کأصل التّسـلیم بعـد المطالبه، عموم السـلطنه علی الأموال (۱)، و عدم جواز التصرف فی ملک الغیر بدون اذنه (۲)، فلا تغفل.

قوله (قدس سره): (کان له الخیار لو تضرّر بفوات بعض منافع الدار علیه- إلخ-).

یمکن ان یقـال: انّه لاـ ضـرر فی نفس الـبیع، کی یوجب نفی الضـرر، لزومه و وجوب الوفـاء به، حیث انّه حصـل به ملـک العین بمنفعتها. غایه الأمر

۱- بحار الأنوار: ۲- ۲۷۲.

۲- وسائل الشیعه: ۶- ۳۷۶- ب ۳- ح ۶.

أنّه حيث فوت عليه بعضها البائع بوضع متاعه فيه، كان عليه اجره المثل الى زمان الفراغ. و هذا بخلاف ما إذا كانت مسلوبه المنفعه بالإجاره و نحوها، فان نفس البيع حينئذ يكون ضرريّا، فمع جهل المشترى يكون قضيه نفى الضرر، عدم وجوب الوفاء به، فلا يقاس عليه هيهنا. فتدبّر.

قوله (قدس سره): (و لو كان زرع قد أحصد- إلخ-).

لا إشكال فى وجوب التفريغ فيما كان الزّرع حصيدا، و الشجر مقلوعا، لما عرفت. و امّا إذا كان كل واحد منهما قائماً على ساقه، فالتحقيق انّه ليس نفس البيع بضررى، كى يوجب نفى الضرر و الضرار (۱)، ثبوت الخيار مع الجهل، لا مع العلم، كما هو الحال فى البيع الغبنى.

نعم يكون القلع ضررا على البائع، و البقاء ضررا على المشترى، فبعد تعارض الضّررين، و عدم ثبوت مرجّح فى البين، لو كان أحدهما أكثر ضررا، لما حققناه فى محلّه، من عدم كونه مرجحا فيما إذا كان التعارض بين ضررى الشخصين، كان المتّبع هو عموم السلطنه على الأموال (۲)، و عدم جواز التصرف فى ملك الغير بدون اذنه (۳)، و قضيتهما كما عرفت، لزوم التفريغ مع المطالبه، أو البقاء بالأجره، فتأمّل جيّدا.

[مسأله لو امتنع البائع من التسليم فإن كان لحق فلا إثم]

قوله (قدس سره): (الّا أنّ منافع الأموال الفائته بحق، لا دليل على ضمانها- إلخ-).

إذا لم يكن فوتها بحيث يصدق انه كان بإتلاف منه لها، استوفاها، أم لا، دالا، فالدليل على الضمان، هو قاعده الإتلاف، و احترام مال المسلم، و لا منافات أصلا بين حبس العين بحقّ، و ضمان منافعها بإتلافها بالاستيفاء و غيره، كما لا يخفى.

۱- وسائل الشيعه: ۱۷- ۳۴۱- ب ۱۲- ح ۳.

۲- بحار الأنوار: ۲- ۲۷۲.

۳- وسائل الشيعه: ۶- ۳۷۶- ب ۳- ح ۶.

قوله (قدس سره): (و يمكن الفرق فى النفقه بين المقامين- إلخ-).

لإمكان ان يكون تمكين الزّوجه شرطا لثبوت النّفقه على الزّوج، فلم يثبت نفقه عليه، مع امتناعها و لو كان بالحق. و هذا بخلاف المقام، ضروره انّ ثبوتها انّما يكون لأجل الملكيّه، و هى حاصله بالعقد و حبس البائع، لا يكاد يكون موجبا لسقوط النفقه عن المشترى، و لا موجبا لثبوتها عليه، كما فى حبس غيره، بحق كان أو بغيره. و بالجمله لا مشابهه أصلا بين حبس من له النّفقه هيهنا، و امتناعه هناك، كما لا يخفى.

قوله (قدس سره): (ففى وجوب إجابته و جهان- إلخ-).

أوجههما الوجوب، لعموم السلطنه على الأموال (۱)، و لا ينافى وجوبها ما هو الفرض، من جواز الحبس من تعجيل المشترى للبذل، و لو سلّم فلم يعلم أنّه العلّه، بل غايته الحكمه، و لا بأس بمخالفتها مع الأصل، فضلا عن الدّليل.

[الكلام فى أحكام القبض]

[مسأله من أحكام القبض انتقال الضمان ممن نقله إلى القابض]

قوله (قدس سره): (لكن لما لم يتعقل ذلك تعيّن اراده وقوع التّلف- إلخ-).

وجه عدم المعقوليّه، عدم قابليّه التالف، لأن تعرضه الماليه، ضروره ان التالف لا يكاد يقابل بالمال، لكنه لا يوجب تعيّن اراده ذلك، لاحتمال إراده انّه بالتّلف يصير كأنّه كان مالا للبائع، فتلف، فعبّر عن ذاك الاعتبار، و تلك الإضافه التى تكون بين المال التالف و ذى المال، و لا تكون بينه و غيره بماليّه، و هذا أظهر و اولى، للزوم الالتزام بالملكيّه على ذاك الاحتمال آنا ما قبل التّلف، تقديرا، أو تحقيقا، بلا موجب لها، بخلاف هذا الاحتمال، كما لا يخفى.

قوله (قدس سره): (الّا ان يقال بان التّلف من البائع يدل التزاما على الفسخ الحقيقى- إلخ-).

لا يقال: مع احتمال الفسخ الحكمى لا دلاله له على الحقيقى، فإنّه

۱- بحار الأنوار: ۲- ۲۷۲.

ظاهر فی انتقال المبیع إلی البائع حقیقه، و معه لا یکون الاحتمال بضائر بالدّلاله، کما لا یخفی. فافهم.

قوله (قدس سره): (ثم انّه یلحق بالتّلف تعذر الوصول- إلخ-).

فیه اشکال، لعدم دلاله النبوی (۱) المنجبر ضعفه بالاشتهار علیه، لعدم صدق التّلف علی تعذر الوصول. نعم لروایه عقبه بن خالد (۲)، دلاله علیه، لو کان ضعفها منجبرا أیضا، و إلّا فلا بدّ من الاقتصار علی التّلف، لکون الحکم علی خلاف الأصل.

قوله (قدس سره): (امّا لتحقّق سبب الانفساخ و سبب الضمان، فیتخیّر المالک فی العمل بأحدهما- إلخ-).

لا یخفی انّه لیس المقام من موارد توارد السببین، و تزاحم المؤثرین، للأثرین المتنافیین فی عرض واحد، لیتخیّر المالک، بل یکون سبب الانفساخ، سببا و رافعا لموضوع سبب الضمان، فإنّه معه یکون التّالف مال الغیر، کی یکون ضامنا له بإتلافه، بل یکون ماله، فلا مجال له معه أصلا.

و بالجمله لا محیص عن العمل بسبب الانفساخ هیهنا، لو کانت قاعده التّلف قبل القبض تعمه، و لم تکن منصرفه عما إذا کان بإتلاف البائع، و الّا لزم تخصیصها بلا مخصص، الّا علی وجه دائر، و لا یلزم من عدم العمل بسبب الضمان معه، محذور التّخصیص، إذ معه لا یکون إتلاف مال الغیر، فیکون تخصّصا بالنسبه إلی قاعده الإتلاف، فافهم.

قوله (قدس سره): (لجریان دلیل تعذر التّسلیم هنا- إلخ-).

جریان الدلیل فیما إذا تجدد تعذر التّسلیم محلّ اشکال، بل منع، و لا یکون الضّرر مع التّجدد من نفس البیع، بل أمر حادث، کما إذا حدث بعد التسلیم.

۱- المستدرک: ۲- ۴۷۳.

۲- وسائل الشیعه: ۱۲- ۳۵۸- ب ۱۰- ح ۱.

[مسأله تلف الثمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين فى جميع ما ذكر]

قوله (قدس سره): (بناء على عود ضمير الحق إلى البائع- إلخ-).

و يمكن الاستظهار أيضا، بناء على عود الضّمير إلى المشترى، فان ضمانه لحقه و ملكه، و هو المبيع، انّما هو لأجل كون البيع فى معرض الانفساخ ما لم يرد إلى البائع ماله، و هو الثمن، و صيروره المثمن فى عهدته، و خسارته بثبوت عوضه عليه لو تلف.

و بالجمله فمع تزلزل ملكه يصحّ ان يقال: انه ضامن له، و ان لم يصحّ ان يقال: بضمان الإنسان، لملكه مع عدم تزلزله، لكنه موجب لاختلاف المرجع فى الضمائر، الّا انه مع القرينه ليس بضائر، فتأمّل.

قوله (قدس سره): (و ظاهر الكلام (۱) كونه مسلما بين الخاصّه و العامّه- إلخ-).

لكن مجرد ظهور كلام العلامه- أعلى اللّه مقامه- غير كاف دليلا فى مثل هذا الحكم الذى يكون على خلاف الأصل و القاعده، الّا ان يدعى ثبوت المناط فى غير البيع من المعاملات، بل بطريق اولى، و دون تنقيحه خرط القتاد- كما لا يخفى.

[مسأله لو تلف بعض المبيع قبل قبضه]

قوله (قدس سره): (بخلاف نقصان الصفه، و فيه تأمل- إلخ-).

وجه التأمّل ان المجموع و ان كان مبيعا و قد نقص جزئه، الّا ان المجموع ليس بمبيع بما هو جمله أجزاء البدن، بل بما هو إنسان، أو حيوان. و من الواضح انّه بما هو كذلك، لا يكون نقص إجزائه إلّا عيبا، و لذا لا يسقط عليه الثمن. و منه ظهر وجه التأمل فيما هو ظاهر الشرائع، فلا تغفل.

قوله (قدس سره): (و انّما ثبت الرّد لدفع تضرّر المشترى- إلخ-).

لا يخفى انه لو لم يكن إجماع على جواز الرّد، لا يكاد يقتضى نفى الضرر جوازه، فان حدوث العيب فى المبيع بعد البيع، و قبل القبض، و يكون حاله، حال حدوثه بعد القبض، و لا دخل بالبيع أصلا، كى يقتضى نفى لزومه، كما هو أوضح من ان يخفى.

۱- و فى المصدر: و ظاهر هذا الكلام.

قوله (قدس سره): (و استدلّوا عليه بانّ الكلّ مضمون قبل القبض، فكذا أبعاضه و صفاته- إلخ-).

و يرد عليه بأنّه قياس، لاختصاص الدّليل بالكل، و عدم شموله للصفات و الإجزاء الّتى لا ينقسط عليه الثمن.

قوله (قدس سره): (و يدفع بان وصف الصحه لا يقابل ابتداء بجزء من عين الثمن- إلخ-).

و فيه ان اتّحادهما فى ان العقد، كأنه لم يكن، لا يوجب اتّحادهما فى معنى الضمان، كيف، و يكون معنى الضمان فى أحدهما تلفه عليه، بما هو ماله، و فى الأخر تداركه عليه بشيء مما له، و اراده مطلق الخساره و النقصان فى المال من الضمان، انما يصحّ فيما إذا كان لفظه فى البين، كما فى الصحيحه (۱)، لا إذا كان هناك لفظ ظاهر فى خصوص أحد المعنيين، مثل «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه» (۲). فافهم.

قوله (قدس سره): (الّا انه لما استند فى الرّد الى نفى الضرر- إلخ-).

إلا انّك قد عرفت ما فى هذا الإسناد، و ان قاعده نفى الضرر، لا تكاد تكون مقتضيه لوجوب تدارك الإنسان، للنّقصان الوارد على مال غيره بلا استناد اليه، لو لم تكن مقتضيه لعدم الوجوب، كما هو قضيّه الامتنان.

ثم إنّه يظهر ممّا مرّ منّا غير مرّه من الإشاره الى أن المنفى بقاعده نفى الضرر، انما هو ما للضّرر من الحكم، بمقتضى إطلاق دليله أو عمومه، لا نفى الحكم الضررى، على ما فى كلام العلامه، و كلامه، زيد فى علو مقامهما، فتأمل تعرف.

[مسأله الأقوى حرمه بيع المكيل و الموزون قبل قبضه إلا توليه]

اشاره

قوله (قدس سره): (و هو اولى من حمل تلك الأخبار على الكراهه- إلخ-).

فيه نظر، بل منع، فان هذه الإطلاقات فى العموم لغير التوليه، أظهر من ظهور النهى فى الحرمه، مضافا الى ظهور لا يصلح، و فى غير واحد من تلك

۱- وسائل الشيعه: ۱۲- ۳۵۲- ب ۵- ح ۲.

۲- المستدرك: ۲- ۴۷۳.

الاخبار فی خصوص الکراهه، و کذا مفهوم لأ بأس، بل ظهورهما فیها أقوی من ظهور النهی فی الحرمه، کما لا یخفی. فتأمل.

قوله (قدس سره): (الّا انّ المحکی عن المختلف، انّه لو قلنا بالتحریم، لم یلزم بطلان البیع- إلخ-).

لعدم الملازمه بین الحرمه التکلیفیّه، و البطلان، عقلا. نعم لا یبعد دعوی الملازمه بینهما عرفا، فیما إذا کانت الحرمه متعلّقه بالبیع من حیث التّسبیب به الی التملیک، و التملّک، و التّوسل به إلیهما، و الّا فلا دلاله للنهی عن المعاملات علی الفساد، إلّا إذا کانت للإرشاد الی ذلک، کما هو الشائع فی النهی فی باب المعاملات.

[و ینبغی التنبیه علی أمور]

[الأول أن ظاهر جماعه عدم لحوق الثمن بالمبیع فی هذا الحکم]

قوله (قدس سره): (و یؤیّده تعلیل المنع فی طرف المبیع، بقصور ولایه المشتری- إلخ-).

لکن التعلیل به علیل، فلا وجه للتعدّی إلی الثمن، مع اختصاص الدلیل بالمنع فی طرف المثمن، مع مخالفه المنع فی هذا الحال، لعموم: تسلط (۱) الناس علی الأموال فی جمیع الأحوال.

[الثالث هل المراد من البیع المنهی إیقاع عقد البیع علی ما لم یقبض]

قوله (قدس سره): (و هذا لا یسوغ إطلاق البیع علی الکلی المتشخص به- إلخ-).

لاـ یخفی ان تشخّص الکلّی فی الفرد، و انطباقه علیه إذا کان بالاستیفاء مسوّغا للإطلاق، کان التشخّص و الانطباق فی الحواله، إذا کانت استیفاء لا معاوضه، مسوّغا لإطلاق المبیع علی الکلی المتشخّص به فیها علی هذا، بأزید من الاستیفاء، و هو ممّا لا بدّ منه فی التشخّص و الانطباق، و انّما لاـ یسوغ التشخّص و الانطباق فیها للإطلاق، إذا کانت معاوضه علی حده، لا استیفاء. فان استحقاق المحال لما علی المحال علیه من الکلی، یکون بمعامله أخری، غیر البیع المنصب علی ما انطبق علیه بالوفاء.

۱- بحار الأنوار: ۲- ۲۷۲.

قوله (قدس سره): (و فيه انّه لا دلاله لها على محلّ الكلام- إلخ-).

و فيه ان تقريب الاستدلال بها، يتم بضميمه ترك الاستفصال و إذا صحّ الاستدلال بها على جواز إبقاء الفرض بمال المسلم، كما حكاه عن العلامه، أعلى اللّه مقامه، فتفطن.

قوله (قدس سره): (و يمكن ان يقال: ان ظاهر الحواله، بناء على كونه معاوضه- إلخ-).

انما يمكن ان يقال ذلک، لو قيل بكون البيع فى الاخبار المانعه، كنايه عن مطلق الاستبدال، و قد عرفت انّه لما ليس له مجال، فلا يكاد يتمّ الاستدلال الّا بضميميه ترک الاستفصال، كما عرفت.

فافهم.

[الرابع ذكر جماعه أنه لو دفع إلى من له عليه طعام دراهم و قال اشتر بها لنفسک طعاما لم يصح]

قوله (قدس سره): (و كيف كان فالمعاوضه لا يعقل بدون قيام كل عوض مقام عوضه- إلخ-).

قد مرّ منّا الإشكال فى ذلک، و انّ عدم معقوليّه المعاوضه بدون ذلک، لا يقتضى عدم معقوليه الاشتراء بمال الغير لنفسه. و كون البيع من عقود المعاوضه، معناه انه تمليک بالعوض، لا مجانا كالهبه، لا بذاک المعنى الذى لا يعقل الّا بدخول كل الى ملک من خرج عن ملكه الأخر. فتذكر.

و هذا أخر ما أوردنا إيراده، و قد فرغنا عنه فى اليوم الثلاث تاسع عشر محرم الحرام، من شهور سنه (۱۳۱۹) تسعه عشر و ثلث مأه بعد الالف. حامدا، شاكرا، مصلّيا، راجيا، لان ينتفع به الإخوان، كما انتفعوا بأصله. و ان يعفو عما وقع فيه من الخطاء، و الخلل. و الذّهول، و الزلل. و السهو، و النسيان، فإنّها كالطّبيعه الثانيه للإنسان.

الحمد للّه كما هو اهله و مستحقه و الصلاه على نبيّه محمد و آله الطاهرين. و لعنه اللّه على أعدائهم أجمعين، إلى يوم الدين.

تعریف مرکز

بسم الله الرحمن الرحیم
هَلْ يَسْتَوِی الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ
الزمر: ۹

المقدمة:
تأسّس مرکز القائمیة للدراسات الکمبیوتریة فی أصفهان بإشراف آیة الله الحاج السید حسن فقیه الإمامی عام ۱۴۲۶ الهجری فی المجالات الدینیة والثقافیة والعلمیة معتمداً علی النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائیین والمثقفین فی الجامعات والحوزات العلمیة.

إجراءات المؤسسة:
نظراً لقلة المراکز القائمة بتوفیر المصادر فی العلوم الإسلامیة وتبعثرها فی أنحاء البلاد وصعوبة الحصول علی مصادرها أحیاناً، تهدف مؤسسة القائمیة للدراسات الکمبیوتریة فی أصفهان إلی التوفیر الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلی الباحثین فی العلوم الإسلامیة وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الکترونیة من الکتب والمقالات العلمیة والدراسات المفیدة وهی منظمة فی برامج إلکترونیة وجاهزة فی مختلف اللغات عرضاً للباحثین والمثقفین والراغبین فیها.
وتحاول المؤسسة تقدیم الخدمة معتمدة علی النظرة العلمیة البحتة البعیدة من التعصبات الشخصیة والاجتماعیة والسیاسیة والقومیة وعلی أساس خطة تنوی تنظیم الأعمال والمنشورات الصادرة من جمیع مراکز الشیعة.

الأهداف:
نشر الثقافة الإسلامیة وتعالیم القرآن وآل بیت النبیّ علیهم السلام
تحفیز الناس خصوصا الشباب علی دراسة أدقّ فی المسائل الدینیة
تنزیل البرامج المفیدة فی الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثین والمحققین فی الحوازت العلمیة والجامعات
توسیع عام لفکرة المطالعة
تهمید الأرضیة لتحریض المنشورات والکتّاب علی تقدیم آثارهم لتنظیمها فی ملفات الکترونیة

السیاسات:
مراعاة القوانین والعمل حسب المعاییر القانونیة
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراکز المرتبطة
الاجتنباب عن الروتینیة وتکرار المحاولات السابقة
العرض العلمی البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فی نشر المعلومات

من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات فی مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما فی الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمية الانترنتی بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمی لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ((sms

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فی البحث والدراسة وتطبيقها فی أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها علی ٨ أنظمة؛

١.JAVA

٢.ANDROID

٣.EPUB

٤.CHM

٥.PDF

٦.HTML

٧.CHM

٨.GHB

إعداد ۴ الأسواق الإلكترونية للكتاب علی موقع القائمية ويمكن تحميلها علی الأنظمة التالية

١.ANDROID

٢.IOS

٣.WINDOWS PHONE

۴.WINDOWS

وتقدّم مجاناً فی الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقـدم بكلمـة الشـكر والتقـدير إلى مكاتب مراجع التقليـد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسـسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده ای، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الالكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣۴۴٩٠١٢۵

هاتف المكتب في طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ ـ ٠٢١

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.